

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LE CONTRAT IMMORAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le lundi 22 mai 1939, à 2 heures

PAR

Jacques SAIGET

Lauréat de la Faculté de Droit de Rennes

Président: M. ROUAST, Professeur.

Suffragants : { *M. ESCARRA, Professeur.*
M. LE BALLE, Professeur.

PARIS

JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS

15, RUE RACINE, 15

1939

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LE CONTRAT IMMORAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le lundi 22 mai 1939, à 2 heures

PAR

Jacques SAIGET

Lauréat de la Faculté de Droit de Rennes

Président : M. ROUAST, Professeur

*Suffragants : { M. ESCARRA, Professeur.
 { M. LE BALLE, Professeur.*

PARIS

JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS

15, RUE RACINE, 15

1939

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni
improbation aux opinions émises dans les Thèses;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.*



LE CONTRAT IMMORAL

INTRODUCTION

L'un des traits dominants des périodes quelque peu troublées comme celle que nous vivons depuis plus de vingt ans, c'est que les notions les mieux assises, et qui semblaient les plus solides, se trouvent parfois remises en question.

A l'époque contemporaine, ce ne sont pas seulement les fondements politiques et sociaux de plusieurs grands Etats que nous avons pu voir brusquement évoluer, mais aussi les tendances et l'orientation des esprits.

La fin du ^{xix}e et le début du ^{xx}e siècle avaient paru consacrer le triomphe définitif du matérialisme sous tous ses aspects. L'ère de prospérité économique qui suivit l'avènement du machinisme et l'industrialisation de l'Europe ne laissait à l'homme ni le temps — ni l'envie — de s'apesantir sur d'autres problèmes que ceux de la production des richesses. Je ne sais quel auteur anglais a exprimé d'un mot suggestif le seul souci qui préoccupait alors les individus comme les nations : « Get rich Quick. »

Survint la guerre, la prospérité factice qu'elle engendra fut de courte durée. Les difficultés économiques apparurent et voici que se réalisait la prédiction de Stuart Mill : le progrès a détruit la prospérité. « L'état stationnaire » est un fait accompli.

Une partie de l'humanité, quelque peu déçue par la faillite de sa « nouvelle idole », s'est alors remise à penser. Elle a révisé son échelle des valeurs, et y a fait une place de choix à des notions jusqu'alors négligées : c'est ainsi que l'idéal redevint à la mode après un demi-siècle d'oubli.

La répercussion de ce vaste mouvement fut vive dans toutes les sciences sociales, et particulièrement dans le droit. Or, pour le droit, l'idéal s'appelle justice, équité, morale.

Il y a quelque vingt ans déjà, les prémisses de cette tendance nouvelle se manifestaient sous la forme d'une certaine. « Renaissance du droit naturel » (1). A vrai dire, cette renaissance n'était qu'accidentelle. Elle traduisait les préoccupations de quelques juristes de rattacher les règles de droit à des notions plus hautes que la volonté du législateur, mais elle marquait aussi un attachement aux anciens dogmes de laïcisation du droit et de séparation très nette entre la morale et lui.

Or, voici que ces deux derniers principes se sont trouvés battus en brèche par un ouvrage du doyen Gény qui a fait le tour du monde « Science et technique en droit privé ». A la toute dernière époque, un éminent juriste s'est jeté sur la brèche avec une telle force, qu'il a fait croûler le mur tout entier. M. Ripert a montré que « La règle morale dans les obligations civiles » tenait une place essentielle ». Et l'enseignement que nous avons retiré, pour notre part, de l'étude de ces idées, c'est qu'il faut travailler à agrandir sans cesse cette place.

Il est un domaine dans lequel cette intervention de la règle morale est particulièrement forte et importante : c'est celui des conventions contraires aux bonnes mœurs.

(1) Voyez CHARMONT, *La Renaissance du droit naturel*.

En envisageant d'autres aspects du droit des obligations, par exemple la responsabilité civile ou l'enrichissement sans cause, on peut voir fonctionner, et prendre corps sous forme technique, l'une quelconque des règles morales qui dominent l'ordre juridique. Encore cette règle est-elle, en général, si étroitement enrobée dans les liens de la technique qu'on ne l'aperçoit parfois qu'avec peine. Lorsqu'il s'agit, au contraire de contrat immoral, on se trouve à la source même, et dans le vif de la question. Pour décider si une convention est, ou non, immorale, il faut absolument trouver un critérium, donc prendre parti au sujet de la notion morale qui domine le droit positif.

A priori, pourtant, cette discrimination ne semble pas avoir été faite. Les textes du code, comme les arrêts, se contentent d'une vague référence aux « bonnes mœurs », et encore adjoignent-ils fréquemment à cette expression celle d'ordre public, ou au mot immoral le terme d'illicite, aussi n'est-ce pas aux expressions des arrêts, qu'il faut s'attacher, mais à la solution qu'ils donnent. Celle-ci présente même un double intérêt, car la jurisprudence ne s'occupe du contrat immoral que pour le sanctionner, de sorte que la question de ses effets se présente, en même temps que celle de sa nature. Sans doute, ce problème de la sanction est, en principe, résolu par le code, mais l'indication très sommaire qu'il donne, et d'après laquelle il s'agit d'une nullité laisse en suspens bien des questions. Nous devons donc, après avoir précisé ce que c'est que le contrat immoral, quelle en est la nature, rechercher comment les règles ordinaires de la nullité s'adaptent à cette situation, et se transforment au besoin pour permettre aux tribunaux de mener le combat contre les conventions dont il s'agit.

Mais avant d'examiner, le droit contemporain, il faut nous arrêter quelque peu aux enseignements de l'histoire.

LE DROIT ROMAIN.

Il va de soi que l'attitude du droit romain au cours de sa longue histoire ne fut pas une et toujours identique à l'égard des conventions immorales. Les rapports sont trop étroits entre ces notions et l'état des mœurs dans la Cité pour qu'il n'y ait pas interdépendance réciproque, influence de l'évolution des unes sur la conception des autres.

Pour l'époque de l'ancien droit — les 6 premiers siècles de Rome — les textes que nous possédons ne font pas mention de *Boni mores*. Sans doute, on peut supposer que des règles, à ce sujet, avaient été déjà formulées, mais qu'elles ne nous sont pas parvenues, détruites qu'elles auraient été, au cours de la destruction de Rome par les Gaulois, en 390 avant J.-C. Mais il n'est pas invraisemblable d'imaginer que la question des *boni mores* préoccupait peu les esprits à cette époque. L'austérité des mœurs dans l'ancienne Rome est devenue proverbiale, et lorsqu'une règle est universellement adoptée et suivie, on n'éprouve pas le besoin de la définir ou de la préciser. Ainsi, fut-il peut-être en ce qui concerne les bonnes mœurs.

Cette opinion trouve une confirmation dans le fait que le droit de cette période ne s'occupe pas spécialement des conventions immorales. C'est ainsi que les romanistes sont d'accord pour affirmer que dans le vieux droit romain, le caractère illicite ou immoral de la cause n'avait pas d'influence sur la validité des contrats.

Dans les contrats formels, dit-on, en effet, actes abstraits, la validité est indépendante de la cause en vue de laquelle

ils ont été conclus, et les tenants de cette doctrine de se référer à des textes de Gaïus prouvant que mancipation et stipulation produisent leurs effets si les parties ont accompli les formes légales, et voulu transférer des droits réels, ou faire naître une obligation (Gaïus IV. 116. a). Donc, dit-on, le but que les parties se proposaient d'atteindre ne faisait pas partie de l'acte juridique.

Cette opinion, bien que classique, n'est plus aujourd'hui unanimement acceptée, et si ses adversaires sont encore convaincus de la validité des contrats de cette époque ancienne quelle que soit l'immoralité de leur cause, ils fournissent de ce fait une autre explication :

Les partisans de la nouvelle doctrine observent d'abord que dans les institutions juridiques des six premiers siècles de Rome, le rôle de la volonté est absolument infime. La tradition elle-même, est indépendante du but que poursuivent les parties. Donc, le caractère abstrait des contrats de cette époque découlait logiquement de l'impossibilité dans laquelle se trouvait l'ancien droit d'envisager le but visé par la volonté, alors qu'il ne considérait pas celle-ci comme un élément essentiel de l'acte juridique.

A cette considération sur le rôle de la volonté, s'en ajoute une autre relative à la structure de la société romaine primitive.

La force de l'état romain d'alors, en tant que pouvoir central, se trouvait très atténuée du fait que la « Cité antique » n'était pas constituée comme la nôtre, d'une réunion d'individus, mais bien d'une confédération de familles, dont les chefs, les patres, étaient fort jaloux de leur autonomie et de leur autorité.

D'une part donc, ces agglomérations demeurent très fortes en face des pouvoirs publics, d'autre part, les con-

trats d'alors sont de véritables traités passés entre chefs de famille, la Cité n'a pas à en contrôler le contenu (1).

Ces deux raisons (rôle infime de la volonté, autonomie des pères) expliquent mieux, semble-t-il, que la doctrine classique, la règle de la validité des contrats sur cause immorale. D'abord, elle tient compte du fait que dès avant le VII^e siècle de Rome un contrat non formel existait, le *mutuum*, et aussi elle évite de raisonner par analogie de l'hypothèse du défaut de cause, seule envisagée dans les textes cités de Gaius, à celle de la cause immorale qui pose des problèmes quelque peu différents.

Quoi qu'il en soit du fondement, tel était le principe : validité des conventions sur cause immorale ou illicite. Il est vraisemblable d'ailleurs que si ce principe a pu se maintenir, c'est qu'il n'était pas d'application fréquente, étant donnée la rigueur des mœurs antiques.

Aussi, à mesure que les années s'écoulaient, qu'avec elles survient le développement de la civilisation, et par suite le relâchement des principes anciens, des exceptions, des correctifs de plus en plus nombreux vont apparaître à la règle générale.

Pour en rendre compte, une doctrine devenue classique, imaginée par Pernice, prend comme point de départ l'existence chez les anciens romains, les « *veteres* », d'un principe d'application très générale : l'obligation de restituer l'enrichissement injuste. Ce principe aurait été ainsi formulé : « *Quod ex injusta causa apud aliquem esse, posse condici* ». Elle en tire cette conclusion que, dès avant la loi *Aebutia*, aurait fonctionné une *condictio ex injusta causa* très générale basée sur le principe de l'enrichissement

(1) Sic MACQUERON, thèse citée. Paris, 1924; cf. Bibliogr.

injuste. Cette base même, d'ailleurs, en limite nettement l'application : l'enrichissement injuste, à cette époque, était considéré d'un point de vue très matériel, il se formait re, c'était l'entrée d'une chose, d'une res dans le patrimoine. Donc, pour que la *condictio* pût s'appliquer, il fallait que le contrat ait pour objet une « certa res » ou une « certa pecunia », et qu'il ait été exécuté. En un mot, il était nécessaire que le créancier soit jugé détenir les choses *ex injusta causa*. Ajoutons que ces termes : *ex injusta causa*, selon Pernice, n'ont pas ici le sens étroit qui leur sera plus tard attaché, mais se rapportent à toute détention contraire à l'équité, au *jus gentium*.

Les auteurs classiques ne manquent pas d'appuyer leur thèse sur l'existence, dès une époque ancienne, de la *condictio furtiva*, d'un *sacramentum* prévu par les lois *Calpurnia* et *Junia* au début du *vii^e* siècle de Rome, et qui permettait aux individus victimes de concussions d'obtenir de la part des magistrats coupables restitution du produit de leurs extorsions. Enfin l'application principale du principe des *veteres* serait son utilisation comme sanction originaire des *leges imperfectae*. Ainsi, pour prendre un exemple, Ulpien cite comme type de *lex imperfecta* (*Reg. pr. 1*) la loi *Cincia* plébiscite qui défend aux avocats de recevoir des présents pour prix de leurs plaidoeries, et prohibe toute donation au-dessus d'un certain taux, sauf entre « *personae exceptae* ». La sanction originaire de cette loi est inconnue, les tenants de la doctrine classique optent pour une action en restitution qui serait une application du principe de l'enrichissement injuste dans la matière des donations prohibées.

Cette doctrine, qui voit dès l'ancien droit un correctif au

principe de la validité des contrats immoraux dans l'existence d'une *condictio* se trouve très vivement combattue dans la thèse de M. Macqueron. Cet auteur reprend un à un les exemples de *condictio* cités par les classiques à l'appui de leur opinion, et s'efforce de prouver qu'ils ne constituent pas des arguments sérieux. M. Macqueron met en doute d'ailleurs l'ancienneté du principe « *Quod ex injusta...* », et, s'appuyant sur l'autorité de plusieurs auteurs dont M. Jobbé Duval, le considère tout simplement comme un argument invoqué pour justifier une *condictio* dans un cas spécial ».

Ayant repoussé le correctif que pourrait constituer la *condictio ex injusta causa*, M. Macqueron en présente un autre qui mérite d'être examiné :

Le point de départ est la relation par Tite Live (1) d'un certain nombre d'exemples, de *denegatio actionis* au temps des *legis actiones*. Ces exemples, pense l'auteur, sont significatifs « Le respect des lois de droit privé était le plus souvent assuré par des peines, mais à défaut de ce genre de sanction, la *denegatio* était le procédé que l'on employait subsidiairement » et M. Macqueron croit pouvoir faire application du procédé aux *leges imperfectae*, et à la loi *Cincia*.

Quelle que soit l'opinion à laquelle on se rallie, il faut admettre que l'ancien droit romain connut de bonne heure un correctif au principe de la validité des contrats sur cause illicite et immorale.

Il est même un domaine dans lequel ce principe ne put trouver d'application c'est celui des « *arbitria bonae fidei* ». Il semble que l'on puisse en situer l'origine dès avant la

(1) *Organisat. judic.* de GIRARD, I, p. 195.

loi Aebutia, vers la fin du v^e ou le début du vi^e siècle de Rome, donc à la fin de la période que nous étudions. Dès ce moment, l'on peut poser la règle de la nullité pour immoralité des opérations qui y ressortissaient. L'arbitrer, en effet, était doué de pouvoirs étendus. Au dire de M. Cuq il devait examiner si chacun des contractants a exécuté sa promesse loyalement, d'après le but commun qu'ils se proposaient d'atteindre, et suivant l'usage des honnêtes gens. La mission de l'arbitrer était donc de scruter l'intention des parties, d'examiner la cause, le but de l'opération, et comme il les jugeait en prenant pour critérium l'usage des honnêtes gens, la nullité devait fatalement être ici la sanction de l'immoralité.

Telles sont, dans cette période de la Rome ancienne, les règles que l'on peut poser concernant les contrats immoraux. Il ne faut pas oublier cependant, si l'on veut avoir une vue complète de la question, quel rôle important jouait alors le censeur. Sans doute, le contrat immoral est, en principe, valable, mais il est vraisemblable qu'il constituait néanmoins un fait de nature à entraîner la nota censoria. Dans l'exercice de ses fonctions, le censeur n'est pas lié par les règles étroites du jus civile, loin de s'en tenir comme lui aux apparences, il peut scruter les consciences des contractants, et réprimer par les moyens en son pouvoir, l'immoralité qu'il y trouve.

Une application de ces notions peut être faite en matière de prostitution. Les personnes s'y livrant étaient personae turpes, mais la validité des actes passés dans l'exercice de cette profession ne semble pas avoir été mise en doute. En revanche, la qualité de « lenones » et de « meretrices » entraînait certaines déchéances juridiques, déchéances relatives au droit applicable, aux tribunaux compétents, etc.

A mesure que la période que nous envisageons approchait de sa fin, le besoin dut se faire sentir de sanctions plus énergiques, car on voit apparaître, vers cette époque, des lois de plus en plus nombreuses tendant à réprimer des abus. Lois Genucia et Marcia contre l'usure, les lois contre le luxe, la loi Cincia, la loi Plaetoria visant à la protection des mineurs, la loi Taeloria réprimant les jeux de hasard, et la loi Calpurnia sur la concussion. C'est un signe certain que les mores antiques sont abandonnées, que le droit romain entre dans une nouvelle période au cours de laquelle il lui faudra faire une plus large place aux règles concernant les contrats immoraux.

Passé le ^{vi}^e siècle de Rome, en effet, que reste-t-il de la « Cité antique » ? Rome ne se contente plus d'être la première puissance d'Italie, elle a commencé la conquête du monde méditerranéen. Bientôt Carthage sera vaincue, une partie de l'Afrique du Nord sera province romaine, la Sicile soumise ainsi que la région du Pô et la Gaule Cisalpine. Les échanges, alors, se développent, les richesses affluent à Rome et les mœurs anciennes peu à peu se dissolvent.

La répercussion de cette évolution dans le domaine du droit fut d'abord la nécessité de préciser la notion de bonnes mœurs, puis le développement des sanctions contre les contrats conclus à son mépris.

L'une des premières tentatives faites pour définir la notion juridique de ce qu'on appellera plus tard les *boni mores* fut faite par l'édit de *Pactis* (1) :

« Ait Pretor : *Pacta conventa quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis, scita senatusconsulta, decreta, edicta*

(1) D. 2.14 ; 7.7.

principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo. »

Le texte dispose expressément trois limites qu'il interdit de franchir : 1^o le pactum ne peut être conclu frauduleusement ; 2^o il ne peut s'opposer aux lois en vigueur ; 3^o ni même porter atteinte aux intentions des lois.

Donc, il n'est pas nécessaire, pour violer cet édit, que le pacte soit contraire à telle ou telle disposition de loi, il suffit qu'il heurte l'intention de l'une d'elles.

Au cours de l'évolution, la jurisprudence a étendu à la stipulation les restrictions de la volonté introduites par l'édit de pactis, mais avec une modification : la stipulation ne peut être contraire ni aux dispositions de la loi, ni aux bonnes mœurs (1). Que faut-il entendre, dès lors, par l'expression *boni mores* ?

On trouve ce vocable employé par Plaute (2), mais il semble que ce soit sans acception particulière, par simple opposition avec les *mali mores*. A cette époque, il semble d'ailleurs que l'expression n'a pas encore pris de sens bien défini. Lorsqu'on veut préciser quelles sont les mœurs juridiquement inviolables, c'est plutôt au vocable *mores civitatis*, *mores majorum* ou *mores antiqui* que l'on a recours. Aux dires de M. Senn ; ces *mores civitatis* ne recouvrent pas, à cette époque, un système moral, c'est un faisceau de règles provenant de la coutume, de la tradition, les unes consacrées par des lois, les autres par le simple usage. C'est ainsi qu'« il est d'un citoyen de bien accomplir le devoir militaire, de respecter l'autorité publique, les magistrats. Comme magistrat, de bien remplir sa magistrature,

(1) JULIEN (D. 45.1.61).

(2) PLAUTE, *Trinummus*, v. 28 et s.

sans abus de son *imperium*, sans corruption. Il est d'un romain d'avoir des enfants, de les élever sans excès de rigueur, mais aussi sans excès d'indulgence ; d'exercer, sans la laisser affaiblir sa *patria potestas*, sa *manus*, sa *potestas* sur les esclaves ; d'honorer les dieux. Il est d'un romain de pratiquer la *pietas* envers la patrie, ses parents et ses proches, la *fides*, le respect de la parole donnée, la *parsimonia*, l'économie, l'épargne, l'administration économe des biens, principalement de ceux qui viennent des aïeux ; enfin de vivre une vie peut-être un peu rude, mais qui sache respecter la *pudor* et la *pudicitia* » (1).

Cet idéal que constituaient les *mores civitatis* ne sera pas lui-même immuable. A mesure que la période républicaine approche de sa fin, il semble que la notion s'élargisse. C'est à ce moment que l'on voit dans les textes les mots *boni mores* remplacer définitivement, *mores civitatis*.

Sous l'influence de la philosophie grecque, et peut-être surtout de la doctrine stoïcienne, la morale romaine s'est humanisée, elle a compris que les devoirs envers les dieux, envers la cité, envers la famille, ou envers soi-même, étaient le fait de tout homme vivant en société. En même temps qu'elle s'humanisait, la notion romaine des bonnes mœurs s'est aussi affinée. Les textes de cette époque y font rentrer de nombreux principes.

M. Senn, qui a étudié avec soin cette question, pense qu'ils peuvent être rangés sous plusieurs chefs.

Les textes ayant trait au mariage, déclarent *contra bonos mores* la condition si *uxorem non duxeris* (2), de même

(1) SENN, *Des orig. et contenu not. B. M.* dans Recueil sur les sources du droit en l'honneur de François Geny.

(2) PAUL, *Sentent.* 3, 4 b, 2 (*Consult. Vet.*, 4, 8).

celle imposée à une héritière de divorcer (1), et aussi la *stipulatio poenae*, pour le cas où une fille n'épouserait pas tel fiancé (2), enfin la condition imposée à un héritier dans un testament, de ne pas avoir d'enfants (3).

D'autres textes se rapportent à la religion, et la font rentrer dans la notion des bonnes mœurs (4).

Une place doit être faite à la *pietas*, devoir d'affection envers la patrie, entre parents et entre proches (5).

La *gratia* qui est le souvenir des services rendus, et la volonté de les payer de retour est aussi, de par nature source de droit (6).

La *Reverentia*, ou respect, est aussi l'un des *boni mores*, et Ulpien déclare qu'en principe, agir en justice contre parents et patrons, c'est agir *adversus bonos mores* (7).

L'homme a encore le droit de se défendre *contra vim et injuriam*, car en principe toute *vis* et toute *injuria* contre lui est « *contra bonos mores* » (8) ainsi que toute atteinte à la *verecundia*, à l'*existimatio*.

Il va de soi que, pour compléter la liste, il faut ajouter la bonne foi. La *bona fides* faisait déjà partie des *mores civitatis*, elle figure également dans les *boni mores* (9).

La conception classique romaine des bonnes mœurs étant ainsi tracée, voyons par quels moyens de technique

(1) G., 6, 25 De institut ; 5, 1 (a. 257).

(2) PAUL, lib. 15 respons. D. 45, 1.

(3) PAUL, Sent., 3, 4 b, 2.

(4) (Edit des quindecimvirs, *sacris faciundis* de l'an 737) dans BRUNS, *Fontes iur. rom.*, 7^e éd., p. 248.

(5) PAPINIEN, lib. 16, Quaest. D. 28.7, de condit. instit., 15.

(6) CIC., De inventione, 2.22.65.

(7) ULPIN, lib. 76, ad ed. D. 44.4. De doli mal., 4, 16.

(8) GAIUS, 3, 157.

(9) ULPIN, lib. 30 ad edic. D. 16.3. De positi vel contra, 1, 7.

juridique, le droit en assurait le respect dans le domaine des contrats.

Sur ce point, comme sur celui dont nous venons de terminer l'étude, une évolution s'est produite. Nous avons vu que le vieux droit romain, maintenant le principe de la validité des contrats sur cause immorale, avait commencé de les combattre par la *condictio*, ou peut-être la *denegatio actionis*, par la *nota censoria*, par l'intervention législative. Vient ensuite une période pendant laquelle ces procédés vont se perfectionner, par l'augmentation du nombre de leurs applications, et aussi, au cours de laquelle de nouvelles techniques vont prendre naissance. Tout cela pour aboutir, à la fin de la république et au début de l'empire, au système classique que nous allons maintenant essayer de décrire.

Sans partir d'un système préconçu, les jurisconsultes classiques se trouvant en présence de deux sortes de contrats, ont dû faire fonctionner deux sortes de sanctions. Aux contrats formels, actes abstraits, dont la validité est, en principe, indépendante du vice de la cause, il fallut appliquer des expédients : l'exception et la *condictio*.

Dans les contrats non formels au contraire, ils purent directement recourir à la nullité.

Pour les actes qui, sans être prohibés par une disposition positive de la loi, blessaient la morale ou l'ordre public, l'exception de *dol* trouvait son application, c'est-à-dire que celui qui s'était obligé « *ob turpem causam* » pouvait refuser d'exécuter sa promesse, il était muni, pour cela, d'une exception perpétuelle.

Il faut remarquer que le recours à ce procédé suppose une large extension de la notion de *dol*. A l'origine, il consistait dans l'emploi de manœuvres frauduleuses des-

tinées à tromper quelqu'un. Or, le fait de stipuler une rémunération pour une immoralité à accomplir ne constitue pas une manœuvre de nature à tromper quelqu'un.

C'est pourquoi ce procédé n'a pu fonctionner avant l'époque classique.

Mais supposons maintenant que le promettant ob turpem causam ait exécuté sa promesse ; tout n'est pas encore fini, il peut recourir à la *condictio*.

Bien que l'on rencontre au Code deux mentions séparées, l'une relative à une *condictio ob turpem causam* (1), l'autre à « une *condictio ex lege et sine causa vel injusta causa* » (2), il semble qu'il faille y voir une seule et même institution. Le *digeste*, en effet, consacre un titre unique à la « *condictio ob turpem vel injustam causam* » et, en outre, il serait singulier que les classiques aient attaché deux sanctions différentes à des choses qu'ils semblent confondre : la cause immorale, et la cause illicite. Il faut donc conclure que la terminologie du code est impropre, l'erreur étant vraisemblablement due aux compilateurs.

La *condictio ob turpem vel injustam causam* avait été imaginée, nous l'avons vu, à la période précédente, pour permettre de revenir sur certaines dations. Mais à l'époque présente, un texte des « *Quaestiones* » de Paul (3), et un texte de Pomponius (4) montrent qu'elle fut étendue aux contrats. « L'exécution d'une obligation contractée en vue d'une cause immorale ou illicite fut assimilée à une *condictio ob turpem vel injustam causam* » (5). C'est ainsi

(1) C., 4, 7.

(2) C., 4, 9.

(3) D. 12.5, de *conditione ob turpem...*, frag. 8.

(4) Lib. 22 ad Sabinum.

(5) Sic MACQUERON, op. cit., p. 129-130.

qu'elle fut appliquée surtout à la stipulation, mais aussi, aux contrats innomés. Nous en trouvons une application, citée par Ulpien, en matière de pari. Les joueurs ont la *condictio* pour se faire restituer leur mise.

Une doctrine prétend que la *condictio*, lorsqu'elle était accordée, rendait l'accipiens turpis responsable « non seulement de son enrichissement, mais encore de tout le préjudice causé ; sans être même libéré de la perte de la chose par cas fortuit » (1). Mais il est plus vraisemblable étant donnée son origine, qu'elle est limitée à l'enrichissement de l'accipiens. Toutefois, lorsqu'elle fonctionnait comme *condictio liberationis*, aucun texte ne nous renseigne sur l'étendue de ses effets.

Quelle que soit la solution adoptée à ce point de vue, il est une particularité de la *condictio*, qui présente un réel intérêt. Les jurisconsultes romains l'exprimaient en ces termes : « ubi dantis et accipientis turpitudine versatur, melior causa erit possidentis » (2), ou en termes analogues, car il existe différentes versions de cette règle. Toutes d'ailleurs expriment la même idée. Si la turpitude est commune au dans et à l'accipiens, les choses seront laissées dans l'état où elles se trouvaient lorsque l'affaire est venue devant le juge. Mais l'adage exprime aussi la raison pour laquelle il en est ainsi : melior est causa possidentis.

Une règle analogue existe dans le droit français, doctrine et jurisprudence l'expriment traditionnellement par une formule latine « Nemo auditur propriam turpitudinem allegans ». Mais elle est basée sur des considérations toutes différentes de celles qui justifiaient la règle romaine. Nous

(1) GIRARD, Manuel, p. 633.

(2) Dig., 3. 6, fr. 5, paragr. 1.

y consacrerons plus loin des développements importants.

Lorsqu'on est en présence d'un contrat non formel, il n'est plus besoin de recourir à ces détours que sont la *condictio* et l'exception. Ici, la cause étant un élément essentiel du contrat, son caractère immoral entraîne la nullité.

Cela va de soi pour les contrats de bonne foi, mais le *mutuum*, lui-même, bien qu'ayant conservé son caractère de droit strict, n'échappait pas à la règle.

Telles étaient les solutions de principe admises par le droit romain classique. Si l'on veut y regarder de près, d'ailleurs, il est à remarquer qu'aucune ne donne pleinement satisfaction à l'équité : la *condictio* étant, en cas de turpitude égale, trop favorable à l'accipiens, la nullité trop favorable au dans. C'est pourquoi, dans quelques cas, les classiques proposèrent, solution souvent préconisée aujourd'hui encore, que la chose donnée ob *turpem causam* soit confisquée ou remise à un tiers. Ulpien appliquait le système aux donations entre personnes ayant contracté un mariage contraire aux lois (1), et un procédé analogue en cas de *calumnia* (2). Paul se prononce pour la confiscation de la dot constituée en vue d'un mariage réputé incestueux (3).

Il n'exista donc jamais, dans le droit romain, de principe comparable à celui formulé aux art. 6, 1131, 1133, C. Civ. français, mais on peut dire cependant qu'à l'époque classique, par des procédés différents, il aboutissait à des résultats analogues et la conclusion qui ressort, à notre

(1) ULPYEN, Dig., 24, 1, frag. 32, paragr. 28.

(2) ULPYEN, Dig., 36, frag. 3, paragr. 3.

(3) PAUL, *Sentent.*, 11, 19, 5.

avis de ce bref exposé, c'est que le droit romain différait assez largement du nôtre sur la conception de bonnes mœurs, mais assez peu sur les conséquences à en tirer.

DROIT CANONIQUE.

L'étude du droit canonique nous fait envisager la question à un tout autre point de vue. Il n'y a plus à se préoccuper de préciser la notion de bonnes mœurs. Pour les canonistes, elle est simple et claire, c'est la morale catholique. Mais leur désir de sanctionner les contrats immoraux, les promesses immorales, se heurtera parfois à des intérêts pratiques très puissants. Les solutions du conflit sont différentes selon qu'on les envisage chez les théologiens ou chez les praticiens.

I. — *Les théologiens.*

D'après la morale catholique, la valeur de nos actes dépend de leur cause finale. L'intention profonde est seule à considérer. Peu importe qu'une force majeure l'empêche de se traduire pratiquement en action.

L'application de ce principe est aisée dans le domaine propre de la morale : poser les règles régissant les actions humaines, et mesurer leur valeur au regard de Dieu, car Dieu sonde les cœurs et aucune intention ne saurait lui échapper.

Mais il fut impossible aux moralistes de borner leur activité à ce domaine pourtant vaste. Il est des actes juridiques qui touchent de trop près à la morale ou à la religion pour qu'ils aient pu s'en désintéresser : la simple promesse, le serment, le vœu.

En présence de ces actes, les moralistes posèrent deux

sortes de règles : les unes préventives, les autres curatives.

Les premières tiennent toutes entières dans les recommandations de prudence que l'on rencontre chez de nombreux auteurs. Ne pas s'engager à la légère, redouter les promesses inconsidérées. Ainsi parlent Isidore de Séville, saint Jérôme, saint Grégoire, Pierre Cantor.

Mais ce ne sont là que recommandations. Supposons le contrat coupable conclu, la promesse immorale passée. Quel est le devoir du promettant ? Isidore de Séville répond à cette question par une formule devenue célèbre : « *In malis promissis rescinde fidem* » (1). Il ne faut pas oublier cependant que manquer à sa parole est déjà un péché, il y a donc lieu d'établir une comparaison entre la gravité de deux fautes : celle qui naît de l'inexécution, celle qui naît de l'accomplissement de l'acte immoral. Cette délicate mesure sera l'œuvre du moraliste.

Ce système, il est facile de s'en rendre compte, ne va pas sans difficultés. Quoi de plus délicat à établir qu'une échelle de gravité des fautes ? Aussi, une idée nouvelle proposée par Pierre Lombard fut-elle accueillie avec faveur : le fait de passer une promesse dans un but immoral constitue lui-même le parjure. Il n'y a donc plus à hésiter devant l'inexécution, le mal est commis dès lors que la promesse est consentie, la tenir serait ajouter une nouvelle faute au parjure déjà consommé.

II. — *Les Praticiens.*

Le droit canonique ne s'occupait pas seulement de questions de foi, mais aussi de droit pratique, notamment de

(1) I. S. Synonymes, II, 58.

problèmes relatifs au patrimoine des ecclésiastiques et des évêchés. Quelle va être son attitude, en présence de ces questions matérielles ?

On rencontre chez les praticiens un système à peu près identique à celui des théologiens.

Remarquons d'abord qu'ils se trouvaient en face de la même difficulté. C'est pour eux la même lutte entre deux devoirs opposés, la même conciliation à faire entre la morale et le besoin de stabilité dans les contrats.

Le point de départ fut le système qui ressort d'un texte maintes fois cité, et reproduit, en particulier, au Décret de Gratien. « De duobus malis, minus est eligendum ». Choisir la voie qui conduit au moindre péché ; et un canon du 8^e Concile de Tolède précise que c'est au nombre des personnes offensées que sa gravité se mesure.

La valeur du principe ne tarda pas cependant à être mise en doute. Les canonistes commencèrent à se demander si vraiment il y avait faute dans le fait de ne pas accomplir une action coupable, et bientôt Rufin enseigna qu'un précepte commandait de ne pas accomplir un acte immoral même s'il avait été l'objet d'une promesse. Une sanction subsistait cependant : l'auteur de la promesse coupable était frappé de la peine ecclésiastique d'infamie.

Peu à peu pénétra chez les praticiens le système plus logique de Pierre Lombard : le seul fait de s'engager par une promesse coupable doit être considéré comme parjure ; une nullité absolue, *ab initio*, frappe donc cet acte.

Mais qui ne voit qu'une pareille règle était de nature à soulever en pratique des difficultés innombrables : le caractère immoral d'un acte dépend, en dernière analyse, de l'intention de son auteur. N'est-il pas trop facile au con-

tractant désireux de manquer à sa promesse de se découvrir quelque tendance coupable.

Pour obvier à cet inconvénient, Gratien, dans le « Décret », s'efforce de déterminer les différentes catégories de serments illicites (1). Il cite ainsi le serment dont l'objet met en danger la personne ou le salut de l'âme ; le serment prêté d'une manière inconsidérée ; celui qui devient illicite à raison des circonstances. Pour ce qui concerne les autres actes, il fallait donc s'en remettre à l'arbitraire du juge. C'était là un procédé dangereux pour la stabilité des conventions, aussi la doctrine purement canonique ne tarda-t-elle pas à restreindre ses applications aux actes intéressant directement la religion comme le vœu. Dans les contrats, les canonistes se mirent à appliquer les règles du droit romain largement entendues.

ANCIEN DROIT

Dans la société médiévale, dont l'organisation économique est encore primitive, les échanges tiennent peu de place. Par suite, il en est de même des contrats. Néanmoins, en parcourant les principales œuvres doctrinales, de cette époque, on constate que presque toutes, font une place à la question du contrat immoral, œuvres doctrinales d'ailleurs n'est pas le terme qui convient car ces travaux ont un caractère plus objectif que beaucoup d'ouvrages modernes. Les coutumiers antérieurs au ^{xvi}^e siècle, ne visent pas à exprimer une opinion sur les questions qu'ils traitent, mais bien à préciser quel est le droit coutumier en vigueur. Ce ne sont pas toutefois, des recueils

(1) Dictum Gratiani : Décret C., 22, 94, c. 23.

de caractère officiel, ils n'ont de valeur que par l'érudition, la capacité de leur auteur, mais certains furent très consultés, eurent une grande importance à leur époque.

Tel fut le cas du Grand Coutumier de Normandie, rédigé vers 1250, plus connu sous le nom de « Summa de legibus ». Cet ouvrage exprime encore aujourd'hui le fond du droit en vigueur dans les îles anglo-normandes. Sur notre sujet, il est bref, mais précis : « Ex promisso autem nemo debitor constituitur, nisi causa precesserit legitima promittendi : Nullus pro rei inhoneste actu aliquid persolvere tenetur, nec actor ejus fovendus est, sed potius puniendus » (1).

La question est plus amplement traitée dans le « Conseil à un ami » écrit vers 1253, par Pierre de Fontaines, bailli de Vermandois. « Bien doit on garder ce qu'en convenance, car la loi escrite dist : « qu'il n'est nul riens tant soi covenable à humaine foi, fors de garder ce où en convenance ». « Mes je ne te di pas qu'on doie garder totes les covenances que on fet ; car covenance faite par laide cause, ou par tricherie, ou contre bones (mœurs)... n'est mie à tenir » (2).

L'auteur pose donc le principe que toutes conventions sont à tenir. Vient ensuite la série des exceptions : sont nulles les conventions faites pour laide cause, par tricherie, ou contre les bonnes mœurs. Des exemples viennent illustrer chacune de ces catégories.

« Covenance que on fait por leide chose (laide cause) est, si come se aucun promet deniers ou autre chose por ardoir

(1) Grand Coutumier de Normandie, chap. XC : De Pacto, 3, éd. Tardif, p. 215.

(2) *Conseil de Pierre de Fontaines*, chap. XV, paragr. 1 : Nouvelle édit. par J. Marnier, p. 106.

(brûler, incendier, de ardere) meson, ou pour home batre ou tuer ou pour fere autre malice ».

« Covenance faite par tricherie n'est mie à tenir, si come tu convenancoies x livres a un home qui t'eust apareillé à fère par autrui damage ou aucun ennui que tu li donroies si t'en délivrast ».

« Covenance contre bones moeurs : Se tu convenancoies a 1 home de religion ou à autre home que tu lui querroies une femme por gesir (coucher) avec lui, ou encovenançasses autre chose qui fust contre honestée : tex covenances ne sont pas à tenir ».

« Totes les foiz que covenance est fete por laide cause, elle n'est pas à tenir, ne peine s'ele i est mise n'en peut-on demander ne serement n'en tient qui fez en soit : car seremez n'est mie, de tele nature qu'il oblige home en malice » (1).

Pierre de Fontaines distingue en somme trois sortes de causes immorales. Parmi elles, il réserve le nom « contre bones moeurs » à celle contraire à la morale sexuelle. Mais le principe est clairement posé de la nullité des conventions immorales.

Les Conseils à un ami, révèlent la coutume du Vermandois (St-Quentin, Laon). Un ouvrage anonyme, un peu postérieur : « Li livres de jostice et de Plet » exprime un avis analogue puisé dans la coutume de l'Orléanais.

« Un hors dit à un autre qu'il lui devait baller sa fille por gésir à lui, et la veaut avoir par la convenance (convention) : et l'on respont que tele convenance n'est pas tenable, qu'elle est pécheresse et laide » (2).

(1) *Conseil* de PIERRE DE FONTAINES, chap. XV, paragr. 1.

(2) *Li Segonz livres*, XVI, 6.

« Qui done deners à aucun por fere aferes de vilenie, il ne le puet redemander por la vileine convenance qu'il est, ne li autres ne s'aura pas, ainz les aura li rois : ains les porra lis rois punir segont ce qu'il verra qu'il devra faire » (1).

Puis vient une brève application du principe au cas du mandat « Mandement de lede chose est nule » (2). Et enfin, une application de ce que nous appelons aujourd'hui la règle *nemo auditur*. « Et là ou est ledure devers celui qui donne et devers celui qui prend, nos dison qu'il ne puet ce don rapeler ; ausint come si l'en done deners pour juger malement... A totes les foiz que la honte est à celui qui prent, l'en li puet le don redemander ; ausint come se je te done que tu ne faces tort ».

Pour terminer ce tableau rapide du droit coutumier au ^{xiii}^e siècle, il faut citer « Les coutumes de Clermont en Bauvaisis » généralement considérées par les historiens du droit comme le chef-d'œuvre de la littérature coutumière. L'auteur de cet ouvrage n'est autre que le poète connu : Philippe de Remi sire de Beaumanoir. « Son ouvrage, bien qu'il se réfère avant tout au droit du Beauvaisis, sa province natale, est un tableau exact, pénétrant et agréablement présenté des institutions et du droit de la société féodale » (3).

« Convenance qui est fete contre bones mœurs, si comme je te convenance que je ferai aucun larrecin ou aucun lait fet ou que je me lerai escommenier, ou que je porterai faus temoing. ou que je batrai aucune personne, ou que je lui reprocherai son mal. Toutes teles convenances ne sont pas

(1) Li tiers livres, IV, 7.

(2) Li Septiesme livre, X, 5.

(3) OLIVIER MARTIN, *Précis d'histoire du droit français*.

à tenir et se l'en le jura a fere, mieus vaut que l'en pregne sa pénitence de son fol serement que fere mal pour son serement tenir. Et se l'en baille pleges que l'on feroit aucune des choses dessus dites, et l'en les suit de la plevine pour ce que cil qui les bailla ne veut aemplir sa convenance, il ne sont pas tenu à respondre de tel plevine, car tout ce qui est convenancie pour malice fere et contre bones mœurs puet estre rapelé » (1).

Au ^{xiv}^e siècle, les coutumiers sont moins nombreux qu'au siècle précédent. Nous citerons d'abord la « Très ancienne coutume de Bretagne » rédigée vers 1330 et dont l'auteur ou les auteurs ne sont pas connus, mais qui reflète bien l'esprit breton soucieux de piété, de justice et de charité.

« Et auxi si aucun se oblige a autre si la cause n'est resonable et honeste (raison veut), que l'obligation n'en daye ne n'en puisse tenir, comme qui se obligerait en certaine somme à aucun pour tuer ou pour batre aucune personne ou pour faire aucune mallefacon ou pour cause de fornicacion, que la auccion en valist riens et que respons n'en seist ne n'en devroit justice nul ne nulle pour forcier ne procedier en telle accion. Et auxi si aucun ou aucune en avoit riens baillé (à autres) pour telles causes, il ne le pourroit repeties en manière que il li vausist et le auroit perdu par droit quar nul ne doit prendre loier pour mal faire ne pour pechie quar ceul qui le donne et ceul qui le prendroit pour teilles choses devroient estre puniz en une meisme manière selon que le meffait le requiert » (2).

Il y a lieu de mentionner encore la « Somme rural » de

(1) Coutumes de Beauvaisis, chap. 34, n° 1026.

(2) Très ancienne coutume de Bretagne, n° 320.

Jehan Boutillier, bailli de Tournai, et qui exprime le droit en vigueur dans le Nord du royaume.

« Si sachez si comme obligation de li foy est a tenir : par contraire, obligation de male foy n'est à tenir.... Item obligation à turpitude, si come qui obligé seroit à home batre ou tuer ou dire ou faire autre laide injure, telle n'est pas à recevoir. Item obligation contre bonnes mœurs, si come d'avoir promis de inciter home de religion à faire chose contre son ordre ou contre semblable manière, car icelle obligation n'est pas à tenir. Item obligation qui serait contre notre foy ne celle qui serait contre notre mère sainte Eglise n'est pas aussi à tenir.... Item obligation contre pitié naturelle et humaine aussi n'est pas à recevoir comme de promettre que on ferait jamais bien à son enfant, à son proisme ou à tel pauvre, telle obligation ne vaut » (1).

En somme, toutes les coutumes sont à peu près d'accord. Partout le contrat immoral est réprouvé. Quand mérite-t-il ce qualificatif ? Chaque fois qu'il blesse la morale catholique. Sans doute, aucun des auteurs cités ne le dit expressément, mais cela ressort des exemples qu'ils choisissent. Pourrait-il d'ailleurs en être autrement à une époque si fortement imprégnée de religion chrétienne ? Partout, en outre, la sanction est la nullité absolue de la convention honteuse. Déjà l'on y apporte ce correctif : Le dans turpis ne peut répéter ce qu'il a versé.

Laissons s'écouler les années et les siècles, le cadre féodal de la société s'écroule, l'organisation économique évolue, la prospérité apparaît au xvi^e siècle et avec elle, la dissolution des mœurs. Voyons, en consultant les auteurs

(1) S. R. Titre XXV, p. 226, dans l'éd. 1621.

classiques et la jurisprudence de la fin de l'ancien régime si les transformations de la société ont amené des modifications importantes à la notion ou à la sanction du contrat immoral.

Domat ne laisse aucun doute sur la manière dont il faut entendre la notion de bonnes mœurs à son époque. Il assigne en effet, à la société quatre fondements. « Le premier est la religion.... le second est la conduite secrète de Dieu dans tout l'univers. Le troisième est l'autorité que Dieu donne aux puissances. Le quatrième est cette lumière restée à l'homme après la chute qui lui fait connaître les règles naturelles de l'équité, et c'est par ce dernier qu'il faut commencer pour remonter aux autres » (1).

Dans une société aussi fortement appuyée sur la religion catholique, comment pourrait-on avoir une notion de la morale différente de celle qu'elle enseigne ? Aucun auteur d'ailleurs ne songe à contester cette vérité, qui paraît évidente à tous.

La loi, elle-même confirme ce point de vue, car un édit de 1628 vient faire du blasphème, un délit puni des galères, et l'on trouve chez de Ferrière, rapporté l'arrêt suivant : « Arrêt rendu le 28 Mars 1729 contre J. Pinard convaincu de juremens et blasphèmes, et d'avoir aussi, en différentes fois, proféré des exécutions abominables contre la sacrée personne de Dieu, l'a condamné à faire amende honorable, ayant écrit aux , au devant de la porte de l'Eglise et de l'auditoire de Gracey, et, à l'instant, d'avoir la langue percée d'un fer chaud, ce fait, mené es galères pour cinq ans » (2).

Voilà donc un point acquis, au XVIII^e siècle comme au XIII^e,

(1) DOMAT, *Traité des lois*, chap. X, paragr. IV.

(2) DE FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, v^o Blasphème.

la morale sur laquelle est bâtie la société, celle que le droit doit faire respecter, c'est la morale catholique. Cela ne signifie pas qu'elle soit unanimement observée, mais simplement qu'elle constitue encore l'idéal moral de l'époque. Par quels procédés le droit en assure-t-il le respect ? « Les conventions illicites, dit Domat ne sont pas seulement nules, mais elles sont punissables, selon qu'elles blessent les défenses et l'esprit des lois » (1). Or, pour Domat, il le dit en un passage précédent, le mot illicite signifie aussi bien contraire à la morale que contraire aux lois.

« Si la convention est illicite seulement de la part de celui qui reçoit, et non de celui qui donne ; comme si un dépositaire exige de l'argent pour rendre le dépôt, ou un larron pour restituer ce qu'il a dérobé, celui qui a donné cet argent peut le faire rendre, encore que celui qui l'a reçu ait exécuté la convention. Mais si la convention est illicite de part et d'autre, comme si une partie donne de l'argent à une autre, pour l'engager à quelque méchante action, celui qui a donné s'est justement dépouillé de ce qu'il avait employé pour un tel commerce, et il ne peut le répéter. Et celui qui a reçu ne peut profiter du prix de son crime, mais l'un et l'autre seront punis par les restitutions et les autres peines qu'ils pourront mériter » (2).

On rencontre dans Pothier l'expression d'un avis analogue : « Lorsque la cause pour laquelle cet engagement a été contracté est une cause qui blesse la justice, la bonne foi ou les bonnes mœurs, cet engagement est nul, ainsi que le contrat qui le renferme » (3).

(1) DOMAT, *Lois civiles*, titre XVIII, section IV.

(2) DOMAT, titre XVIII, section IV, n° V.

(3) POTHIER, *Traité des obligations*, part. I, chap. I, sect. VI, n° 43.

Dans les développements qui suivent, Pothier précise comment fonctionne cette nullité. Si la turpitude est seulement du côté de l'accipiens, celui-ci n'a aucune action pour se faire payer, même s'il a exécuté ; la somme promise a-t-elle été versée, le dans peut la répéter.

Au cas où la turpitude est commune, aucune action ne naît : pas d'action en exécution puisque le contrat est nul, pas d'action en paiement, même s'il a été exécuté par l'une des parties, pas d'action en répétition si le paiement a eu lieu.

Pour illustrer cette hypothèse, Pothier a recours à un exemple pittoresque : « Lorsqu'un officier a promis une certaine somme à un soldat s'il se battait en duel, contre un soldat d'un autre régiment, la cause de cet engagement blesse les bonnes mœurs de la part des deux parties ; car l'officier n'a pas moins blessé les lois et les bonnes mœurs en faisant cette promesse à son soldat, que le soldat à qui il l'a faite ».

Mais ce n'est pas seulement la cause immorale qui vicie le contrat, l'auteur envisage aussi le cas de l'objet et de la condition : « Un fait qui est contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, est semblable à celui qui serait absolument impossible et ne peut pas être non plus l'objet d'une obligation » (1). « La condition d'une chose impossible, illicite ou contraire aux bonnes mœurs, sous laquelle quelqu'un promettrait quelque chose, rend l'acte absolument nul lorsqu'elle est in faciendo, et il n'en naît aucune obligation... Il en est autrement dans les testaments, les legs qui seraient faits sous pareille condition n'en sont pas moins valables,

(1) POTHIER, *Traité des obligations*, t. I, part. I, chap. I, sect. III, n° 137.

et la condition est regardée comme non écrite, ce que la faveur des dernières volontés a fait établir ».

« La condition de ne pas faire une certaine chose qui est contraire aux mœurs ou aux lois, peut rendre l'acte nul, parce qu'il est contraire à la justice et à la bonne foi de stipuler une somme pour s'abstenir d'une chose dont nous sommes d'ailleurs obligés de nous abstenir » (1).

Cette condamnation du contrat immoral n'est pas restée purement platonique, voici quelques exemples pris dans la jurisprudence du XVIII^e siècle et qui indiquent à quelles espèces les tribunaux avaient l'occasion d'appliquer les principes que nous avons vu énoncer par les auteurs classiques.

« Par un arrêt du 14 juillet 1745, rendu au rapport de M. de Salobez en la Grand'Chambre, un billet de 1200 livres fait au profit d'un particulier dont la veuve est convenue, par un interrogatoire sur faits et articles, avoir connaissance, pour argent perdu au jeu, a été déclaré nul avec dépens » (2).

« Le vendredi 19 février 1762, de relevée, la Cour a déchargé la dame de Montrevel de la demande formée contre elle par le marquis de Barzy, en condamnation d'une somme de 7.752 livres qu'il disait avoir prêtée à cette dame du vivant de son mari, mais qu'elle disait avoir perdue en jouant au pharaon avec le sieur de Barzy, de qui elle offrait affirmer n'avoir jamais rien emprunté. L'arrêt n'a pas assujetti la dame de Montrevel à l'affirmation ».

« Un arrêt célèbre rendu en la troisième chambre des

(1) POTHIER, *Traité des obligations*, part. II, chap. III, sect. II, n° 204.

(2) DENISART, *Collections nouvelles*, v° Jeu.

enquêtes le 16 mai 1720 a déclaré nulle la condition imposée par un aïeul dans l'institution d'héritier faite en faveur de son petit-fils, d'épouser une certaine personne à laquelle l'aïeul donnait ses biens, et réduisait son petit-fils à sa légitime s'il ne voulait pas l'épouser, et au surplus a confirmé l'institution d'héritier indépendamment de la condition » (1).

« Un autre arrêt rendu au parlement de Toulouse en la Grand'Chambre le 28 août 1727 n'a pas non plus eu égard à la condition imposée par un testament à une fille d'épouser son cousin germain appelé pour recueillir les biens du testateur si elle n'épousait pas ce cousin » (2).

Citons enfin un dernier arrêt, relatif à un contrat passé pour trafic d'influence et jugé en 1704 devant le Parlement d'Aix.

Un billet causé « pour soins pris et à prendre » avait été souscrit par un marchand en vue d'obtenir la liquidation d'une ordonnance de 39.200 livres accordées par le roi à une compagnie de manufactures. Le marchand demandait la rescision de son billet. Il fut débouté en première instance. Devant la chambre des enquêtes du parlement d'Aix, il fit valoir que le créancier ne pouvait se prévaloir d'une promesse dont la cause est contraire aux bonnes mœurs. Il obtint gain de cause. L'arrêt précise que le billet doit être annulé pour une double raison : il est immoral pour les gens d'affaires de faire un pacte avec ceux qui se confient à leurs soins. L'arrêt considère aussi que le billet n'a pas de cause réelle.

La notion de contrat immoral a donc été en se précisant au cours de l'ancien droit, et, à la fin de l'ancien régime, il

(1) DENISART, *Collections nouvelles*, v^o Dispositions conditionnelles.

(2) DENISART, *Collections nouvelles*, v^o Dispositions conditionnelles.

n'y avait aucune discussion sur ce point. La sanction n'était pas moins nette, c'était la nullité, tempérée par l'intervention de la règle *nemo auditur*, plus volontiers exprimée sous sa forme romaine « *ubi dantis et accipientis...* ». Sans doute, la notion n'eut-elle guère le temps de s'obscurcir pendant les quinze années qui nous séparent de la rédaction du Code civil, car les textes qui s'y rapportent ne semblent pas avoir entraîné, au cours des travaux préparatoires, de biens graves discussions.

TRAVAUX PRÉPARATOIRES DU CODE CIVIL.

Lorsque vint en discussion le titre préliminaire du Code Civil, les avis furent très partagés. Tant devant le Tribunal que devant le corps législatif, les orateurs s'affrontèrent, les uns soutenant que les textes qui le composaient étaient trop vagues, trop imprécis, ou qu'ils risquaient de se révéler à l'application inutiles ou dangereux. Les autres prétendant que ce titre était la consécration de maximes séculaires qu'il valait mieux se décider une bonne fois à transformer en lois. L'art. 6 partagea le sort des cinq autres : ceux des tribuns qui les condamnèrent le condamnèrent aussi, ceux qui les approuvèrent, l'approuvèrent aussi.

« L'art. 6 contient une maxime conforme à celle que les Romains avaient consacrée.... le principe est juste, son application est facile », affirme le tribun Faure (1).

« L'article, rédigé comme il l'est, manque de précision et de clarté » aux lois qui « intéressent l'ordre public.... et les bonnes mœurs ». Quelle est cette espèce particulière de lois et qu'est-ce qu'intéresser l'ordre public ?.... intéresser les

(1) Discours prononcé par le Tribun Faure au Corps législatif. Séance du 14 Vent. an XI, 5 mars 1803.

les bonnes mœurs ? Ces expressions peuvent paraître suffisamment intelligibles dans le discours ordinaire ; mais elles ne sont pas assez précises pour entrer dans la rédaction d'une loi ». « L'avis général de votre commission est que le Tribunat ne peut accepter le projet de loi » (1).

Tel est le thème général de la discussion. L'art. 6 est pourtant devenu l'un des textes fondamentaux du C. civ. sans que l'on songe à en préciser les termes. De même furent adoptés presque sans discussion les articles 900, 1133-1172, qui tous se réfèrent à la notion de bonnes mœurs. A n'en pas douter c'est que les orateurs qui combattirent l'art. 6 ne furent pas compris. Imprécise l'expression bonnes mœurs ? Mais n'avait-on pas pour l'éclairer, toute la jurisprudence et la doctrine de l'ancien régime ?

La vérité, bien qu'elle ne ressorte pas des travaux préparatoires, c'est que les rédacteurs du Code qui, sur tant de points, ont renoué les traditions de l'ancien droit, ont ici, encore, suivi leurs modèles Pothier et Domat. Aucun de ces deux auteurs n'avait jamais douté du sens et de la portée de l'expression bonnes mœurs. Le législateur de 1804 n'a pas cru, non plus, qu'elles puissent sérieusement prêter à discussion. Les bonnes mœurs, pensait-on alors plus ou moins inconsciemment, sont celles qui sont jugées telles par la morale qui depuis dix-huit siècles régit la société : la morale chrétienne.

La discussion fut cependant rouverte au cours du XIX^e siècle, des théories furent élaborées pour tenter d'expliquer les termes de l'art. 6 que l'on prétendit obscurs. Nous rencontrerons au cours de notre étude les principales

(1) Rapport fait au tribunat par M^r Andrieux, au nom de la commission spéciale. Séance du 12 Frim. an X (3 déc. 1801).

d'entre elles. Dès maintenant nous pouvons dire qu'aucun de ces systèmes n'a résolu la question. Le seul résultat définitif obtenu par eux fut de jeter le trouble dans la doctrine, d'obscurcir une notion jusqu'alors parfaitement établie, au point que, avant de parler aujourd'hui de contrat immoral, il faut d'abord préciser ce que recouvre au juste cette notion.

PREMIÈRE PARTIE

DÉFINITION DU CONTRAT IMMORAL

Il ne faut pas songer à proposer une définition directe du contrat immoral. L'immoralité n'a pas, en effet, de réalité en soi, c'est une antithèse, un contraste. Pour le moment nous devons donc nous contenter de cet à peu près. Le contrat immoral est celui dont un élément au moins est contraire à la morale. — Reste à donner un sens aux deux termes de cette définition —. Pour y parvenir une double étude s'impose : préciser d'abord ce que nous allons entendre par morale, décider ensuite à quels éléments du contrat il faut éventuellement appliquer le criterium ainsi trouvé.

TITRE I

LA NOTION DE BONNES MŒURS

En bonne logique, cette première partie devrait s'intituler la notion de morale. Par malheur, ce dernier terme n'a pas encore conquis droit de cité dans le vocabulaire des juristes. — A la suite de Domat et Pothier, le Code civil s'est bien gardé de l'employer —. Comme il lui fallait cependant se référer plus ou moins directement, et en plusieurs occasions, à une notion morale, ses rédacteurs ont employé l'expression traditionnelle « bonnes mœurs ». Et c'est ainsi que nous lisons à l'art. 6 « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

Art. 900 « Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs seront réputées non écrites ».

Art. 1133. « La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ».

Enfin art 1172 : « Toute condition d'une chose impossible ou contraire aux bonnes mœurs ou prohibée par la loi est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend ».

De là vient la difficulté, de là la nécessité de préciser ce que recouvre en réalité l'expression « bonnes mœurs ».

A première vue cela peut sembler une vaine recherche. Chacun ne sait-il pas distinguer les bonnes des mauvaises mœurs ? N'est-ce pas la notion la plus commune, la plus saisissable qui soit ?

Il n'y a là qu'une apparence, et il en est de la notion qui nous occupe comme de presque toutes les notions fondamentales — vues de loin elles semblent précises, et leurs contours paraissent nets, mais elles fuient comme le mirage lorsqu'on veut les saisir —. Il est curieux de constater en passant, que la science, presque dans son ensemble, travaille ainsi sur des données imprécises, on devrait presque dire sur des données imaginaires : le physicien étudie la marche des rayons lumineux, ou les diverses formes de l'énergie, mais il ne sait pas ce que c'est que la lumière, ni à quoi se ramène au juste l'énergie. Le chimiste scrute le comportement de la matière dans ses divers états, mais il ne saurait dire ce que c'est que la matière ni quelle en est l'origine. Le biologiste observe les manifestations de la vie, mais il ignore ce que c'est que la vie.

Le juriste ne saurait échapper à cette loi universelle. Il est, dans la science du droit, des réglementations très précises au sujet desquelles aucune discussion ne peut s'élever : tout le monde est d'accord, par exemple sur le nombre et le lieu des publications qui doivent précéder un mariage, sur les catégories d'actes qu'un tuteur peut accomplir seul, sur celles qui nécessitent l'autorisation du conseil de famille, etc... Mais ce sont là des notions secondaires. Si l'on cherche au contraire à préciser les fondements du droit, il n'y a plus d'accord possible. Les règles juridiques sont-elles une exception à l'autonomie de la volonté ? Sont-elles au contraire une émanation d'un pouvoir social

seul dispensateur du droit ? Les auteurs ne peuvent nous renseigner, ils se contredisent.

Il faut donc s'y résigner, si l'on fait abstraction des données traditionnelles, l'expression de bonnes mœurs, recouvre une notion qui n'est à priori ni simple ni claire, notre tâche est de la préciser.

Plusieurs théories d'ailleurs ont déjà été émises pour parvenir à ce but. Nous commencerons par les examiner, quitte à en chercher une autre si elles ne nous ont pas satisfait.

CHAPITRE I

Diverses théories en présence.

SECTION I. — La thèse exégétique.

L'on rapporte qu'au moment de signer le décret de promulgation du Code civil, l'empereur ne put se défendre d'un certain scepticisme. « Ces gens-là vont me le gâcher » dit-il, faisant allusion à l'essaim des juristes qu'il voyait déjà se précipiter sur son œuvre, et, sous prétexte d'en arracher la substance et le sens profond, la réduire en lambeaux.

L'essaim pourtant se maintint à distance. Le respect universel qui entourait aussitôt l'œuvre législative nouvelle fut, pendant de longues années, un rempart suffisant contre l'attaque de « ces gens-là ». L'on peut même dire que durant tout le ^{xix}^e siècle, le Code fut l'objet d'une vénération excessive. Le nom d'école classique a été attribué à celle qui s'illustra par la défense de cette idée. « Tout est dans la loi ». Il ne faut chercher en dehors d'elle aucune règle juridique, il n'est que d'interpréter les textes. C'est ce point de vue, singulièrement étroit jugeons-nous aujourd'hui, qui valut encore à ses adeptes d'être rangés sous l'étiquette d'Ecole exégétique, il est impossible, tant cette école brilla à son époque d'un vif éclat, de ne pas nous arrêter à étudier son attitude vis-à-vis de notre sujet.

Quelle pouvait être cette attitude d'ailleurs ? Presque tous les auteurs classiques ont été très gênés en présence de cette référence aux bonnes mœurs contenue dans plusieurs articles du Code. Il leur aurait fallu, pour les mettre à l'aise, un texte définissant avec précision ce que le législateur entend par bonnes mœurs. Or ce texte n'existait pas, ils ont donc cherché à minimiser l'importance de la notion.

Duranton, dans son important « Cours de droit français suivant le Code civil » semble l'ignorer. « Nous avons dit que relativement au but qu'elles se proposent, les lois sont impératives, prohibitives ou facultatives : par conséquent les citoyens ne peuvent, par des conventions particulières, déroger à celles des deux premières classes, ces lois intéressant l'ordre public, il y a toujours obligation pour eux d'en observer les préceptes. Tout ce qui blesserait les bonnes mœurs est, par la même raison, sévèrement pros-crit » (1). Mais qu'est-ce qui blesse les bonnes mœurs ? L'auteur ne le dit pas.

Une application du principe se rencontre cependant au titre « des contrats ou des obligations... » (2). La promesse faite à une femme pour l'engager à vivre en concubinage avec celui qui la lui a faite, ou à raison du concubinage déjà existant, est fondée sur une cause contraire aux bonnes mœurs, et par conséquent est nulle.

Ce sont là, les seules précisions fournies par Duranton au sujet de notre problème. Il n'y a guère là de quoi guider le juge dans son application des articles 1131 et 1133.

Nulle part Demolombe n'indique comment il faut com-

(1) DURANTON, *Cours de droit français suivant l'ordre du Code*, t. 1, n° 109, 2^e éd.

(2) T. X, n° 307.

prendre l'expression. On trouve cependant, dans son traité des Contrats cette règle (1) : Pour que la condition immorale rende nulle la convention, il faut qu'elle ait effectivement pour résultat de rendre cette convention elle-même immorale ou illicite. Il faut donc rechercher dans quelle intention les parties ont subordonné leur convention à la condition dont il s'agit, et si le but qu'elles se sont proposé d'atteindre rend en effet ou ne rend pas immorale (ou illicite) leur convention. L'auteur cite par ailleurs des conventions immorales ayant pour cause des relations de concubinage ou des relations d'adultère (2).

Aubry et Rau sont plus laconiques encore à ce sujet : dans leur commentaire de l'article 6 (3) ils s'attachent uniquement à déterminer quelles sont les lois intéressant l'ordre public — ils n'ont pas un seul mot relatif aux bonnes mœurs. — On rencontre seulement dans la partie de leur ouvrage relative aux obligations, une énumération des principales conventions annulées par la jurisprudence comme reposant sur une cause illicite (4).

Laurent est plus explicite : « ou chercher cette morale qui servira de règle au juge ? Est-ce la morale religieuse ? Tel sera certes, le sentiment du juge s'il est catholique. Si la société entière était catholique, la difficulté serait levée, il n'y aurait qu'une morale religieuse. Est il nécessaire d'ajouter qu'il y a plusieurs religions, et qu'elles ne s'accordent pas toujours sur la morale ? Trouverons-nous plus de certitude dans la morale philosophique ? Les philosophes sont divisés aussi bien que les religions. Est-ce à

(1) *Traité des contrats*, t. 2, n° 304.

(2) *Traité des contrats*, t. I, nos 375 et s.

(3) *Cours de droit civil français*, t. I, 5^e éd., p. 178.

(4) T. 4, 5^e éd., p. 550.

dire que le juge est sans règles en cette matière ? Non, on exagère quand on se plaint de l'incertitude de la morale ; il faudrait dire que la morale est progressive. Elle change donc, mais en s'épurant, en se perfectionnant. Et quel est l'organe de ce progrès incessant ? La conscience humaine (1).

On chercherait vainement chez Demante le moindre renseignement sur la question (2).

La seule précision que l'on rencontre chez Marcadé est la suivante : « Les faits illicites sont ceux qui se trouvent ou prohibés par la loi, ou contraires aux bonnes mœurs, ou contraires à l'ordre public (art. 1133). Sont prohibés par la loi tous les faits frappés par une disposition pénale (les crimes, délits et contraventions). La classe des faits contraires aux bonnes mœurs, quoique se confondant, en grande partie avec la précédente s'en est distinguée cependant quelquefois ; car il est des faits que la loi pénale n'atteint pas, et que la morale publique n'en réproouve pas moins » (3). L'auteur abandonne donc à l'appréciation du juge, la détermination de ceux des faits contraires aux bonnes mœurs qui ne constituent pas un délit pénal.

Toullier se borne à des exemples : un tuteur qui vend sa mineure, spéculation sur la vie des hommes (4).

Larombière pense qu'il y a lieu d'introduire une distinction entre les bonnes mœurs publiques et les bonnes mœurs privées. Sur les dernières, voici les précisions qu'il nous donne : « Telle est la puissance des sentiments de

(1) LAURENT, 3^e éd., t. I, p. 90.

(2) DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Napoléon*.

(3) MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du C. civ.*, 7^e éd., t. 4, p. 394, n^o 449.

(4) TOULLIER, t. 3, 2^e part., n^{os} 181 et s. ; t. 3, 1^{re} part., n^{os} 241 et s.

moralité gravés dans le cœur de l'homme, que, s'il lui est plus difficile de définir, il lui est plus aisé de comprendre ce qui constitue les bonnes mœurs ». En ce qui concerne les bonnes mœurs publiques, résignons-nous, elles sont encore « moins saisissables, moins sensibles, parce que leur appréciation se lie à des notions d'ordre public » (1).

A côté de ces vagues affirmations de grands principes généraux qui laissent entrevoir la faiblesse de la base sur laquelle est construite la thèse exégétique, nous trouvons pourtant une construction juridique plus sérieuse. Huc, l'un des derniers représentants de l'école à son déclin a, revigoré sur ce point la thèse exégétique. Il a voulu montrer que l'analyse des textes nous révélait effectivement la consécration par le législateur de certains principes moraux. L'ayant fait, il n'aura plus alors qu'à définir les bonnes mœurs. « Habitudes acquises pour le bien en tant qu'elles sont protégées ou déterminées *par la loi positive* » (2).

Mais où trouver dans « la loi positive » ces « habitudes acquises pour le bien » ? Sans doute il n'y a pas de chapitre dans le C. civ. qui leur soit consacré, mais Huc, par une étude serrée des textes, est parvenu cependant à en dégager cinq. Les mœurs ou habitudes que la loi positive entend protéger par ses dispositions, dit-il, ont trait :

1^o Au respect du mariage considéré comme source de la famille ; elles réprouvent le concubinat. L'auteur dégage ce principe du fait que les textes font aux enfants naturels une condition inférieure à celle des enfants légitimes.

2^o Au respect de la décence publique. Cela est prouvé,

(1) LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, nouv. édit., p. 316, n^o 2.

(2) HUC, *Commentaire théorique et pratique du C. civ.*, t. I, n^o 194.

dit M. Huc, par les textes relatifs à l'outrage à la pudeur, à la répression de l'ivresse publique, et par les règlements administratifs concernant la prostitution et le tenue des maisons de tolérance.

3^o Au bon emploi de sa fortune. Règle qui ressort du fait que les textes donnent au prodigue un conseil judiciaire, réprouvent les jeux de hasard, les paris, les loteries, etc...

4^o Au respect des idées et des principes qui ont triomphé en 1789.

5^o Au respect de la bonne fois dans les conventions et de la liberté soit dans les contrats, soit dans l'exercice de l'activité humaine ; ce qui ressort des textes qui répriment le dol et la violence et assurent la liberté du commerce et de l'industrie.

Il faut bien comprendre, avant de passer à la critique du système, que l'énumération de M. Huc est limitative. Replaçons nous, en effet dans l'esprit de l'école exégétique. Toute la loi, rien que la loi. A notre point de vue cela signifie : Tant que le législateur n'a rien dit, les volontés particulières restent libres. Seules les barrières qu'il a dressées ne peuvent sous aucun prétexte être franchies par elles. Concluons donc que les contrats ne seront jugés immoraux que dans le cas seulement où ils contreviendraient à l'un des cinq principes énumérés. En dehors de ces cas, peu importe qu'ils heurtent telle ou telle notion morale, peu importe même le scandale dont ils seraient la source. A défaut de texte on ne saurait les sanctionner.

Par contraste avec l'abstention des autres exégètes, Huc apparaît comme un innovateur. Son système cependant n'a pas trouvé d'écho, aucun auteur, à notre connaissance, ne l'a repris à son compte pour essayer de le

rénover, ou même seulement défendu. Sans doute, cela vient, pour partie, de l'époque à laquelle il a surgi, précédant de trop peu la décadence de l'école, mais nous croyons que la principale raison de ce fait est dans la faiblesse du système.

Plus on examine, en effet, le contenu de cette doctrine, mieux on s'aperçoit qu'elle n'apporte pas de solution véritable à notre problème : en quoi consistent les bonnes mœurs ?

En présence des cinq propositions de Huc, deux attitudes sont en effet possibles : on peut d'abord les considérer comme de simples jalons, destinés à guider le juge, mais lui laissant cependant un large pouvoir d'appréciation. Mais alors, ces propositions auront été inutiles. Qui ne voit en effet, que partant de la base : respect du mariage par exemple, ou respect de la décence publique, le juge pourrait à son gré, ou suivant la notion qu'il a de la morale se montrer d'une extrême sévérité, ou d'une complaisance excessive. En un mot, on aura simplement reculé le problème, et il faudrait maintenant se demander d'après quels principes, d'après quelle conception de la morale, le juge devra interpréter les cinq propositions de base.

Il n'y a pas lieu d'ailleurs de nous arrêter plus longtemps aux conséquences d'une telle attitude, car nous pensons pouvoir affirmer que ce n'est pas celle que Huc eut voulu voir adopter par les interprètes de sa doctrine. On trouve en effet dans son *Commentaire du Code*, cette affirmation : « Si on laisse la morale envahir le domaine du droit, on affaiblit la garantie publique, on détruit l'ordre politique et social, on court vers l'anarchie » (1).

(1) Huc, *Commentaire théorique et pratique C. civ.*, 1892, t. I, n° 9.

L'auteur avait donc en vue une utilisation plus rigide des règles posées par lui. Elles constituaient, dans son esprit, l'alpha et l'oméga de la notion de bonnes mœurs telle qu'elle peut être invoquée devant le juge. Mais on est amené à se demander pourquoi le législateur, si telle était son idée ne l'a pas exprimée. Si vraiment, il voulait assurer le respect de règles analogues à celles énoncées par Huc, il eut été plus simple de le dire, au lieu de le laisser enfoui dans des textes à signification vague, dispersés au hasard des codes et des lois.

Une critique plus grave peut être faite au point de vue de l'auteur. Ses criteria sont inutilisables. Qu'est ce au juste que le respect du mariage ? Où commence, où finit le respect de la décence publique ? Quelle est la limite du respect de la bonne foi dans les conventions ? Autant de questions auxquelles on ne peut apporter de réponse que si l'on a pour guide une certaine conception du bien et du mal, du juste et de l'injuste ; autrement dit une certaine notion morale. L'on retombe alors sous la critique précédente. Le problème est simplement reculé. Nous nous trouvons toujours en présence du même dilemme. A l'aide de quelle morale allons-nous fixer les contours de la notion de bonnes mœurs ?

Ce ne sont pas là les seuls obstacles auxquels se heurte la thèse exégétique. D'autres auteurs, en particulier M. Sioufi dans sa thèse (1), reprenant une à une les propositions de Huc n'a pas eu de peine à montrer qu'elles n'avaient en réalité, aucune base dans les textes « M. Huc fait un long détour, force les termes du Code, les retord

(1) SIOUFI, thèse précitée (cf. Bibliographie).

et les martyrise pour en tirer un aspect de la pensée du législateur »...

En ce qui concerne la première proposition, je crois que cela saute aux yeux de tous juristes ou non. Les enfants naturels sont moins bien traités par la loi que les enfants légitimes, donc la loi réprouve le concubinage. Ainsi raisonne Huc. Mais alors, il faut tirer les conséquences logiques des prémisses, et dire : chaque fois que dans le cours de l'évolution législative, un texte a égalé les conditions des enfants naturels et légitimes, c'est qu'elle a visé à rehausser l'union libre à la hauteur du mariage. Et encore : chaque fois qu'une loi nouvelle vient aujourd'hui rapprocher l'enfant naturel de l'enfant légitime, à un point de vue quelconque, c'est un pas qu'elle franchit vers la consécration de l'union libre. Or, il serait très facile, en consultant les travaux préparatoires de ces lois, de s'assurer qu'il n'en fut rien. Les promoteurs de ce genre de dispositions arguent bien plus de l'injustice criante qu'ils voient dans le fait de faire supporter à des innocents les fautes de leurs parents que de toute autre considération.

Pour ce qui est de la seconde proposition, M. Sioufi nous dit : « De ce que le législateur a condamné ou proscrit l'indécence publique, il ne s'ensuit pas qu'il ait voulu du même coup porter le même jugement sur l'indécence privée ». Cette affirmation nous paraît exacte, mais était-il besoin de l'invoquer ? De nos jours, l'autorité administrative, tolère, encourage même la débauche sous toutes ses formes. Comment parler alors de réprobation à l'égard de l'indécence. Retournant le raisonnement de M. Huc, nous croyons qu'il faudrait plutôt dire : les règlements administratifs favorisent l'indécence publique. Mais c'est parce qu'ils ne peuvent faire davantage, n'ayant pas auto-

rité sur les relations privées. En fait, leur intention est de favoriser aussi l'indécence privée.

En présence de la troisième proposition, il faut remarquer que, pris objectivement, le « mauvais emploi de sa fortune » n'a rien en lui-même de conforme ou de contraire à une notion morale quelle qu'elle soit (1). Comment donc supposer que l'expression du Code « Contraire aux bonnes mœurs » recouvre aussi ces agissements ? Pour qualifier le mauvais emploi de sa fortune, il faut connaître les motifs qui l'ont inspiré. Celui qui se ruine en dons et aumônes est-il aussi reprehensible que le prodigue qui gaspille une fortune pour satisfaire ses caprices ? Et les conventions passées par l'un comme par l'autre doivent-elles être annulées en vertu des art. 1131 et 1133 ? C'est à l'affirmative que conduirait l'application logique du système. Pour repousser cette solution souverainement injuste, il faut encore une fois, faire appel à une notion morale, étrangère aux principes de Huc, et juger d'après elle, les mobiles qui ont dicté les dépenses excessives. La doctrine que nous étudions s'avère donc, ici encore, incapable de fournir la solution du problème.

Ce ne sont pas les deux dernières règles qui nous restent à examiner qui seront susceptibles de racheter tout le système. Il faudrait, au dire de Huc, annuler comme contraire aux bonnes mœurs, les conventions qui contreviendraient « au respect des idées et des principes qui ont triomphé en 1789 ». Mais des « éternels principes » certains paraissent aujourd'hui à beaucoup de bons esprits singulièrement archaïques et désuets. En outre, quelle que soit leur valeur, on ne saurait nier que la plupart d'entre eux

(1) Sic. SIOUFI, thèse précitée.

ont avant tout un caractère politique. Adopter la quatrième règle, de Huc, c'est donc admettre que le C. Civ. a voulu consacrer comme intangible un système politique donné. Cette affirmation paraît au moins hardie, si l'on considère, combien de régimes depuis 1804 se sont succédés au pouvoir. Nous croyons au contraire qu'il faut considérer le Code comme absolument affranchi de toute considération politique. S'il annule les contrats attentatoires à l'ordre public, il n'a pas en vue celui qui fut en vigueur à telle ou telle époque, mais bien celui qui règne au moment de passation de l'acte. C'est pourquoi bien des régimes ont pu tomber sans l'entraîner dans leur chute. C'est pourquoi bien d'autres pourront se succéder sans que le Code s'en trouve affecté, à moins que l'un d'eux ne fasse disparaître avec lui les deux bases de notre société : la famille et la propriété.

Reste à envisager ceux des principes de 1789 qui sont inspirés de considérations morales, par exemple ceux qui édictent le respect de la liberté d'autrui, de son droit au travail, etc... Il est certain que les conventions qui y contreviendraient pourraient être annulées comme contraires aux bonnes mœurs ; mais il n'y a là qu'un aspect de la notion et non des plus importants. En tous cas, il ne suffit pas à résoudre le problème tout entier.

Peut-être trouverait-on un meilleur fil d'Ariane dans la dernière règle énoncée par Huc : respect de la bonne foi dans les conventions, mais il faudrait la considérer non pas seulement comme un cadre rigide, mais bien comme décelant chez le législateur l'existence, consciente ou non, d'une certaine règle morale. Le respect de la bonne foi dans les conventions est loin de remonter à l'origine du droit. Les Romains avaient déjà mis au point une technique

assez poussée de l'obligation civile avant d'y introduire cette règle. Elle ne s'infiltra qu'avec difficulté dans le jus civile dont elle heurtait le caractère formaliste, et ce fut sous l'influence des canonistes, dont la conception du droit était fortement imprégnée de morale chrétienne. Cette règle que les canonistes fixeront plus tard dans l'expression « *Frangenti fidem fides non est servanda* » est restée comme l'un des fondements de notre droit des obligations. En ce sens, Huc était dans le vrai en affirmant que serait contraire aux bonnes mœurs toute convention qui prétendrait en faire abstraction. Mais est-ce assez dire, et peut-on vraiment isoler ce principe, le considérer en lui-même comme faisant un tout, alors qu'il n'est en réalité qu'une des applications d'un système moral très vaste ?

Cette réflexion nous amène à conclure, et la conclusion qui s'impose est que le système de Huc n'est pas logique. Il prétend dégager de l'interprétation des textes cinq règles qui constitueraient la seule notion de bonnes mœurs dont le juriste ait le droit de tenir compte. Pourquoi cette limitation ? « Rien que la loi », diront peut-être les exégètes. Admettons pour un instant qu'il n'y ait de source de droit que dans la loi positive mais cette formule « Rien que loi », n'a jamais signifié pour ses tenants « rien que la lettre de la loi », elle était au contraire une référence à l'intention du législateur. « Toute la loi dans son esprit aussi bien que dans sa lettre », disait le doyen Aubry dans son discours de rentrée à la Faculté de Strasbourg en 1857. Dès lors, voici le raisonnement qu'il faudrait tenir : si l'on peut trouver, exposées dans la loi, des règles qui permettent au juge de réprimer ou d'empêcher certains agissements, c'est que le législateur en posant ces règles était inspiré consciemment ou non d'un système moral qui réprouve

ces agissements. Il faut donc permettre à l'interprète de dégager ce système moral et d'en faire application chaque fois que l'infinie variété des réalités pratiques le met en présence d'un cas non expressément prévu.

Cette conception de la notion de bonnes mœurs, qui ferait abstraction de tout système moral, n'a pas été repris après Huc, et nous croyons que tous les auteurs sont d'accord aujourd'hui pour affirmer qu'il faut, pour donner à cette expression du code : bonnes mœurs, tout son sens, y lire un renvoi à une conception de la morale. Les divergences renaissent lorsqu'il s'agit de préciser quelle sera cette conception.

SECTION II. — La thèse sociologique.

La solution chronologiquement la première depuis Huc, et sans doute celle qui a rencontré le plus de partisans, consiste en une conception hybride, fortement inspirée de la doctrine sociologique. Bien que les dissidences soient nombreuses, il nous semble que cette conception est encore la plus enseignée aujourd'hui dans les facultés de droit.

A la fin du siècle dernier, et dans les premières années du siècle présent, quelques éminents philosophes, influencés par les idées de Comte de Spencer et de plusieurs philosophes allemands : Schmoller, Wagner et Wundt en particulier, ont élaboré une doctrine qui met en relief l'influence prépondérante de la société, par opposition à celle de l'individu, sur la conduite et l'activité humaine. Partant de ce principe, M. Durkheim a énoncé « les règles de la méthode sociologique », et M. Lévy-Bruhl a étudié les rapports entre « la morale et la science des mœurs ».

Les études sociologiques ne fournissent pas, par elles-mêmes, de solution à notre problème : Que faut-il entendre par bonnes mœurs ? La sociologie, en effet, de l'aveu même de ses représentants, est encore en enfance. Pour l'instant, ce n'est rien de plus qu'une méthode applicable à l'étude des faits sociaux. Le livre de M. Lévy-Brühl, lui-même, « La morale et la science des mœurs », est une simple critique des systèmes moraux exprimés avant lui, et l'indication d'un plan de travail pour parvenir à l'élaboration d'une « morale scientifique ». On y rencontre cet aveu : « Il serait permis d'espérer que dans quelques siècles, les sciences auront établi une représentation objective de la nature morale qui sera à la nôtre ce que notre physique est à celle d'Albert le Grand et de Saint Thomas. Mais cette comparaison même, si elle est exacte, nous fait comprendre combien il serait vain de vouloir imaginer par avance ce que cette représentation pourra être (1). » Ainsi, il faut attendre quelques siècles pour savoir exactement ce que sera la morale des sociologues, et, pour l'instant, rien ne peut nous en donner une idée.

Mais si les civilistes n'ont pas trouvé chez les sociologues une science des mœurs toute faite, qu'ils auraient pu plaquer sur la notion de bonnes mœurs ; ils ont dépecé la doctrine, et, utilisant les morceaux qui leur semblaient bons, ont construit une notion bien à eux, dont voici les traits principaux : Il faut entendre par bonnes mœurs au sens du Code civil, les usages communément acceptés, la moyenne des mœurs.

Déjà l'un des maîtres de l'école exégétique Laurent adoptait à l'égard de notre notion une attitude opposée à celle

(1) LÉVY-BRÜHL, *La Morale et la science des mœurs*, p. 190.

des autres commentateurs. Loin de l'ignorer, comme la plupart d'entre eux, ou d'en chercher comme Huc, la substance dans la loi positive, il y voyait une référence à la conscience générale (1) : « il y a, à chaque époque de la vie de l'humanité, une doctrine sur la morale que la conscience générale accepte, sauf des dissidences qui ne comptent pas. En ce sens, on peut dire qu'il y a toujours une morale publique ; les conventions contraires à cette morale seront, par cela même, contraires aux bonnes mœurs, et comme telles, frappées de nullité ».

A la même tendance peuvent être rattachés Baudry-Lacantinerie, et Houques-Fourcade, bien qu'ils se contentent de dire à propos de l'ordre public comme des bonnes mœurs : « Notions variables évidemment dans le temps et dans l'espace » (2), sans chercher à préciser la notion existante à leur époque et dans leur pays.

M Demogue est plus catégorique. Parlant des bonnes mœurs il déclare (3) : « Celles-ci ne se déterminent pas d'après un idéal religieux ou philosophique, mais d'après les faits et l'opinion commune ».

D'après M Josserand, « c'est à dessein que le législateur adopte une formule suffisamment souple, pour se plier aux besoins, à la moralité, voire aux préjugés du moment » (4).

Planiol, sacrifiant à la même tendance, après avoir déploré les pouvoirs, trop larges à son gré, octroyés au juge par les art. 6 et 1133 parle du « courant général des idées qui règle le niveau moral d'un peuple » (5).

(1) LAURENT, 3^e éd., t. I, p. 90.

(2) *Traité de Droit civil*, t. I. Des Personnes, nos 268 et s.

(3) DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 2, n° 773 bis.

(4) JOSSERAND, *Cours de Droit civil positif français*, t. 2, n° 134.

(5) PLANIOL, *Traité élém. D. C.*, t. I, n° 294.

M. Jèze se prononce de façon plus explicite encore. « La justice est ce que les hommes d'une époque donnée, dans un pays donné, croient juste. Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au delà » (1).

Ce ne sont pas là les seuls auteurs qui se réfèrent à ces principes. De très nombreux civilistes, professent du haut de la chaire des idées analogues. Par crainte de déformer leur parole, nous ne chercherons pas à les concrétiser en quelque formule. Il nous semble d'ailleurs que l'opinion émise par Mme Béquignon-Lagarde, dans le traité de Beudant résume assez bien cette tendance, et ce n'a pas été l'un de nos moindres sujets d'étonnement que de voir réaffirmée, par un jeune auteur, cette opinion à base sociologique que nous aurions voulu pouvoir déclarer quelque peu périmée : « Pratiquement, il faut considérer comme contraire aux bonnes mœurs tout ce que l'opinion dominante considère comme tel à un moment donné » (2).

En résumé, il est à remarquer que les opinions citées se divisent en deux branches : la première se réfère aux usages communément acceptés, à la moyenne des mœurs, et y voit le critérium auquel le juge doit se référer, pour lui comparer les actes qu'il hésite à taxer d'immoralité. La seconde vise plus haut : d'après elle, l'acte doit être censuré s'il blesse, non pas les mœurs en usage, mais « l'idéal courant relatif aux mœurs ».

A première vue, l'on pourrait hésiter à rattacher cette dernière opinion au courant sociologique. Cette notion d'idéal n'est-elle pas étrangère aux préoccupations purement positives de la « science des mœurs » ? Je crois pour-

(1) JÈZE, *Principes généraux du droit administratif*. Préface, p. III-IV.

(2) BEUDANT, *Cours de droit civil*, t. I, seconde édition, n° 209.

tant qu'il n'y a pas de cloison étanche entre les deux doctrines. Influence prépondérante de la contrainte sociale. Recours pour l'édification de toute règle à la seule observation des faits, tels nous paraissent être les critères qui caractérisent les tendances sociologiques en matière de notions morales. Ces critères se retrouvent dans l'une comme dans l'autre des opinions envisagées, car l'idéal auquel se réfère la seconde, n'est que « l'idéal courant », c'est-à-dire moyen, tel qu'il se manifeste par les réactions de l'opinion publique. Il faut, d'ailleurs, qu'il soit observable, puisque c'est avec lui que s'établira la comparaison faite par le juge. Quant à la contrainte sociale, inutile de souligner quel rôle capital elle joue dans l'une comme dans l'autre manière de déterminer les bonnes mœurs. Il faudrait même dire que les auteurs qui s'y rattachent prennent pour point de départ la dictature du « Qu'en dira-t-on ».

Telle qu'elle est ainsi exposée, la doctrine que, pour simplifier nous appelons sociologique, bien qu'elle ne soit pas une application de la science des mœurs ainsi qu'elle est conçue par les fondateurs de l'école, ne paraît pas si attrayante ni si dynamique que l'on comprenne facilement la vogue dont elle fut et reste encore l'objet.

Il faut, pour expliquer ce phénomène, la replacer dans son ambiance, et étudier les tendances auxquelles elle se rattache, les besoins auxquels elle satisfait.

Il fut une époque où les seuls mots de positivisme ou de sociologie avaient un pouvoir magique : celui de justifier tout ce qui était soutenu en leur nom. Mais ce n'était pas tout, car quiconque prétendait mettre en doute cette souveraineté, et soutenir que, peut-être, il était certaines branches de la science, en dehors des mathématiques, pour

lesquelles l'observation n'avait pas le rôle principal, se voyait aussitôt taxé d'esprit anti-scientifique et de manque d'objectivité.

Ce fut à ce moment, au début du ^{xx}^e siècle, que toutes les sciences sociales, quelque peu traitées en parentes pauvres par rapport aux sciences physiques, s'efforcèrent à en copier les méthodes. Leur application à la notion de bonnes mœurs fit aussitôt fortune. Les juristes de l'époque, en prétendant que seule l'observation des usages, des coutumes existantes, pouvait être un guide dans la fixation de la notion, avaient conscience de se conduire en vrais savants.

Ce préjugé du positivisme seule disposition d'esprit scientifique fut le premier emprunt fait par les juristes sociologues à la véritable doctrine sociologique. C'était d'ailleurs un postulat qui semblait aller de soi à l'époque où il fut énoncé.

Le second emprunt, on y a déjà fait allusion, fut la primauté de la société sur l'individu, son influence prépondérante dans la détermination des agissements sociaux. La doctrine sociologique ne se contente pas de préciser, ce qui est évident, que l'homme du fait qu'il vit en société, agit différemment de ce qu'il ferait s'il était isolé. Elle prétend aussi que l'influx social a le rôle principal dans le comportement de l'homme. Ce n'est pas de l'influence du milieu que parlent les sociologues, mais de la contrainte véritable qu'il exerce. Consciemment ou non, par conséquent, les juristes qui se rattachent à cette tendance ont été amenés à raisonner ainsi : puisque c'est la société qui pousse l'homme à agir comme il le fait, elle, ni son représentant, le juge, ne sont qualifiés pour censurer les actes de l'homme conformes à ce qu'impose l'ambiance sociale.

C'est ce qu'ils expriment d'une autre manière en disant que les bonnes mœurs, ou plus exactement ce que le droit doit considérer comme telles, sont ce que l'opinion dominante, ou l'idéal courant jugent telles à un moment donné.

Il faut signaler enfin un dernier emprunt fait par les juristes sociologues à Durkheim et à Lévy-Brühl : C'est leur répulsion à l'égard de toute métaphysique. Ces deux auteurs n'hésitent pas à dire que tout système moral qui se rattache à une notion métaphysique ou religieuse, est à leurs yeux comme s'il n'avait pas de fondements. Et d'invoquer la comparaison avec les sciences physiques : Ne fut-il pas une époque où la religion catholique enseignait à ses fidèles une notion de la cosmographie que Galilée a prouvé être fausse. De même les religions d'aujourd'hui imposent-elles toutes à leurs fidèles une doctrine morale. Ces systèmes, lorsque la science des mœurs en voie de formations se sera développée, apparaîtront comme un enfantillage.

Cette attitude n'a pas été étrangère au succès des idées sociologiques, à une époque où les esprits étaient naturellement hostiles à l'égard de la religion.

S'il n'y avait eu cependant, pour perpétrer le succès de cette notion des bonnes mœurs, que l'éclat de l'école sociologique et l'intensité des besoins intellectuels qu'elle satisfaisait, elle aurait aujourd'hui perdu de son importance, car l'un et l'autre se sont peu à peu estompés. Mais les idées des sociologues se sont trouvées à la mode en Allemagne, à un moment capital : celui de la préparation du Code Civil, et leur influence fut si forte qu'elles ont reçu de lui une sorte de consécration officielle, écrite en particulier à l'art. 138.

« Un acte juridique qui porte atteinte aux bonnes mœurs est nul. Est nul en particulier un acte juridique par lequel quelqu'un, en exploitant le besoin, la légèreté d'esprit ou l'inexpérience d'un autre tire profit de la situation en ce que celui-ci lui promette, ou lui assure de toute autre façon, à lui ou à un tiers, pour une prestation par lui faite, des avantages de valeur patrimoniale qui excèdent la valeur de la prestation fournie, de telle façon qu'en tenant compte des circonstances, les avantages qui en forment l'équivalent soient, par rapport à cette prestation, dans une disproportion choquante. »

Ainsi s'exprime ce texte. Il ne comporte aucune indication qui permette d'établir avec précision à quelle notion de bonnes mœurs il entend se référer, mais les travaux préparatoires sont significatifs.

Le premier projet, en effet, ne se contentait pas de parler des bonnes mœurs, il permettait également au juge d'annuler l'acte pour atteinte à l'ordre public, et, par là, il entendait désigner ces principes généraux, servant de fondement à l'ordre social, industriel et politique, et aussi à la moralité politique et électorale.

Devant la seconde commission, ce point de vue fut écarté, car on l'estima dangereux. Il fut soutenu que c'était mettre aux mains du juge une arme trop redoutable que de lui laisser pleine liberté d'appréciation sur un terrain aussi mal délimité que celui de l'ordre public, et cette opinion fut adoptée, malgré les efforts tentés à la commission du Reichstag, par le parti social démocrate, pour obtenir un rétablissement du premier projet.

Afin de faire ressortir le danger qu'il y aurait à introduire dans le Code un principe théorique comme celui-là, on prit exemple des clauses d'interdiction de concurrence.

Par confrontation avec un principe général, fut-il dit, en substance, il faudrait toutes les annuler, car elles peuvent être considérées comme une atteinte à la liberté du commerce. Considérées individuellement, pourtant, et lorsqu'elles sont limitées dans le temps et dans l'espace, elles sont utiles, et d'ailleurs conformes aux usages commerciaux. Donc, concluait-on, la notion d'ordre public conduirait à des résultats fâcheux, elle doit être supprimée.

Ce n'est pas le contenu de la notion qui l'a fait écarter, mais le fait qu'elle revêtait la forme d'un principe théorique. Dans ces conditions, il est bien certain qu'il ne faut pas lire dans les termes bonnes mœurs un renvoi à un système abstrait. On trouve d'ailleurs, dans les travaux préparatoires, fréquemment affirmée cette idée que le juge doit y voir un critérium purement expérimental : c'est une référence à une base d'appréciation objective. Il s'agit d'une constatation qui doit porter, non sur les usages en cours, mais sur ceux qui, d'après les postulats de la morale publique, devraient normalement avoir cours.

L'objection qui vient naturellement à l'esprit à l'énoncé de cette directive, c'est qu'il n'est peut-être pas facile, pour le juge, de déterminer impartialement, quels sont les usages qui devraient normalement avoir cours. A notre avis, c'est là un des graves défauts du système.

Dans son étude de la « Déclaration de volonté », Saleilles a envisagé la question, et voici la solution qu'il propose : La loi dit-il, fixe d'abord l'attention du juge sur ce qui est. Il doit prendre pour base les « usages » et par « usages », il faut entendre, s'agissant de l'appréciation d'un acte juridique, les usages juridiques et non les simples conventions, ce qui revient à comparer l'acte à apprécier avec les autres actes similaires de la vie juridique.

« S'élevant d'un degré de plus, ce qu'il doit rechercher, ce sont les bons usages, non pas les usages d'une petite élite, mais ceux de la moyenne des honnêtes gens. Et même, si ces bons usages ne sont pas ceux que ces mêmes honnêtes gens considèrent comme étant leur devoir juridique et social, montant enfin à un troisième degré d'appréciation, c'est le type abstrait des bons usages tel qu'il résulte de la conscience moyenne de la collectivité que le juge doit rechercher et faire appliquer ».

En somme, pour parvenir à son critérium, le juge doit franchir trois échelons : 1^o les usages en cours : 2^o les usages de la moyenne des honnêtes gens et, 3^o s'il le faut les usages que devraient observer la moyenne des honnêtes gens.

Il importe de remarquer que c'est de l'idéal actuellement en cours qu'il s'agit, car le critérium du paragraphe 138 ayant pour base la conscience collective, doit la suivre dans ses fluctuations, c'est-à-dire suivre ce que l'on appelle le progrès des idées en matière de morale publique ou privée.

Telle est la notion de bonnes mœurs qui ressort du Code civil allemand. Nous aurons l'occasion d'étudier plus loin les applications qu'en fait la jurisprudence. Notons dès maintenant que le courtage matrimonial, qui a donné lieu chez nous à un revirement de jurisprudence, fait l'objet de l'art. 656 B. G. B. La promesse d'un salaire pour l'indication d'une occasion de conclure un mariage, ou pour les négociations relatives à la réalisation d'un mariage ne fonde aucun engagement. La prestation effectuée sur le fondement de la promesse ne peut être répétée de ce chef qu'il n'y avait pas d'engagement. Ce n'est donc pas l'application du principe de l'art. 138, puisque la

nullité n'est pas prononcée, mais c'est l'introduction, en cette matière, du système admis pour le jeu par le Cod. civ. français comme par le B. G. B., art. 762.

Quelle que soit sa valeur, et l'importance par elle acquise dans la doctrine, la notion sociologique ou objective des bonnes mœurs n'est cependant pas à l'abri de toute critique.

Il est permis de remarquer d'abord que son point de départ n'est peut-être pas très solide. Les sociologues, forts de la valeur qu'ils accordent à la méthode expérimentale, et des résultats qu'elle a permis d'obtenir dans les sciences physiques, la transposent dans le domaine des sciences sociales, sans peut-être s'apercevoir qu'ils voudraient faire rendre à leur méthode plus qu'elle ne peut donner, et qu'elle n'est plus à sa place dans le domaine des sciences normatives.

Nous sommes en présence de cette question : en quoi consistent ces « bonnes mœurs » que le juge ordonne de faire respecter dans les contrats ? Est-ce vraiment y répondre que de dire : regardons quels sont les usages établis, quel est l'idéal courant et faisons l'application. Qui nous prouve que ces usages, que cet idéal sont bons et utiles. Cette dernière préoccupation serait déplacée dans les sciences physiques car nous n'avons aucune influence sur les lois qui régissent les corps. Nul ne se demande si les oscillations du pendule ou la propagation des courants électriques sont bien organisées. Conclurait-on à leur caractère nuisible qu'on ne pourrait rien faire là contre.

Le droit, tout au contraire, a pour but de faire régner l'harmonie dans la société qui l'applique. Il est donc qualifié pour combattre, ou au contraire encourager, certaines

pratiques. Souscrire à tout ce qui se fait sous prétexte que c'est l'usage, ou que l'opinion publique l'admet, nous paraît être, de sa part, une grave abdication de sa fonction régulatrice.

Voici, par exemple, le cas, encore récent des appareils à sous (ou tout au moins prétendus tels, car, en réalité, le minimum de la mise était en général 1 franc). Leur existence, leur fonctionnement allait à l'encontre de la prohibition légale des loteries. Malgré cela, ils s'étaient répandus à une infinité d'exemplaires. L'on ne saurait vraiment dire qu'ils heurtaient la notion courante des bonnes mœurs. Peu de gens d'ailleurs se rendaient compte de l'importance des sommes qu'ils drainaient, surtout dans la classe ouvrière. Mais ceux-mêmes qui s'en apercevaient — les joueurs en particulier — étaient loin d'être hostiles à cet élégant procédé d'escroquerie. Voilà donc un usage contraire au droit existant qui se répand partout, et partout bien accueilli. Nous faisons abstraction, sans doute, de quelques campagnes de presse qui réclamaient impérieusement la suppression des appareils. Ces articles, n'étaient que le reflet de l'opinion d'un petit nombre, d'une élite, ils n'empêchaient pas que l'opinion commune, l'usage courant, l'idéal moyen même, toléraient fort bien le procédé. Il eut donc fallu que le droit s'inclinât, le vol par l'intermédiaire des appareils à sous étant désormais universellement admis, et cadrant fort bien avec la notion sociologique de bonnes mœurs. Un décret est pourtant venu mettre le holà. Avec raison nous semble-t-il, car, c'est le rôle du droit d'arrêter l'évolution des mœurs sur une pente dangereuse.

Un autre exemple pourrait être puisé dans une question plus importante : le néo-malthusianisme connaît en Angle-

terre, depuis bien des années, un succès inquiétant. Les pratiques anticonceptionnelles sont devenues courantes, presque universelles. La moyenne des mœurs, incontestablement les tolère. Nous ne sommes pas très sûr qu'il n'en soit pas de même de l'idéal courant. Les théories de Malthus, surgies à une époque où le chômage, phénomène alors nouveau et très menaçant faisait grande impression, ont connu, outre-Manche une large diffusion, et les pratiques actuelles, pourraient peut-être se camoufler derrière un certain aspect de l'intérêt général. Dans ces conditions, il est possible que l'idéal courant leur soit favorable. Le droit doit-il suivre ? Doit-il par exemple valider les contrats relatifs à la vente des appareils anticonceptionnels ? Certainement oui, d'après les juristes sociologues, l'observation des faits, l'influence du milieu, tout concourt à inclure ces pratiques dans la notion de bonnes mœurs. Voilà jusqu'où peut conduire le recours au plébiscite en matière de morale.

Sans doute, à la citation de ces exemples, les sociologues pourraient répondre que si nous jugeons et condamnons les cas cités en exemple, c'est que nous nous appuyons, en cela, sur une notion abstraite de la morale. Or, les sociologues s'interdisent ce point de départ comme antiscientifique. Ils se contentent d'examiner les faits moraux. De là, leur neutralité à l'égard de pratiques que nous jugeons répréhensibles.

Cette affirmation n'est pas décisive. En notre matière, la neutralité n'est pas de mise. Le juge se trouve en présence d'un acte ; va-t-il l'annuler, ou le valider ? Il lui faut de toute façon, prendre parti. S'il suit les directives des juristes sociologues, il va par exemple, l'annuler comme contraire à l'idéal moyen. Cela revient à dire ceci : ce qui est con-

forme à l'idéal moyen est bon, ce qui est contraire est mauvais. La notion sociologique se trouve donc ériger en postulat la règle suivante : ce qui est normal est meilleur que ce qui est anormal. Or, rien de tel n'est démontré par les faits. Les sociologues se trouvent donc pécher gravement contre les commandements de leur méthode en utilisant un critérium qui n'a aucune base objective.

Ce n'est pas la seule critique qui puisse être faite au point de vue sociologique des bonnes mœurs. Nous croyons pouvoir lui reprocher encore de n'offrir qu'un critérium difficilement applicable.

La solution proposée par Saleilles ne nous semble pas résoudre effectivement la question. Admettons que les usages soient assez aisément constatables, encore que dans le domaine des actes contraires aux bonnes mœurs, on trouve rarement deux ou plusieurs cas identiques, tels qu'on puisse dire qu'un usage s'est constitué à leur sujet, mais pour beaucoup de juristes sociologues, et pour le Code civil allemand, ce ne sont pas les usages qui constituent le critérium, mais les bons usages, ou les usages tels que les honnêtes gens devraient les observer. Qu'y a-t-il de moins saisissable que cette notion ? Voici un tribunal mis en présence d'un contrat de louages de services au profit d'une maison de tolérance, par exemple, va-t-il l'annuler ? Il doit se demander ce que les honnêtes gens pensent ou devraient penser de ce contrat. Mais les honnêtes gens vont peut-être se trouver fort embarrassés en présence de ce cas. Les uns diront, il faut annuler l'acte, car il favorise le fonctionnement de l'entreprise immorale, les autres pourront répondre : ce contrat doit être validé ; le domestique en louant ses services n'avait en vue que de gagner sa vie. Peu lui importait que la maison s'en trouve favorisée ou

non. Bref à moins de ressusciter l'antique procédé des « enquêtes par turbes », et de ne faire figurer dans la « turbe » que des honnêtes gens, ce qui ne serait peut-être pas très facile, on ne voit guère comment le juge pourra rester purement objectif. En fait, s'il s'efforce de pénétrer la conscience publique, le seul résultat auquel il puisse aboutir, c'est de confronter l'acte qui lui est soumis avec l'idée qu'il se fait de la conscience publique, de l'idéal moyen. Il y aura certainement dans cette idée quelque chose de personnel, et nous voilà de nouveau exposés au risque d'arbitraire que la doctrine avait bien prétendu écarter.

Si l'on veut regarder au fond des choses, il faut avouer que ce criterium n'en est pas un. Bien loin d'être objectif, il fait, au contraire une large place aux appréciations du juge, car il y aura chez lui une tendance naturelle à s'en remettre aux appréciations de sa propre conscience comme étant le type des consciences honnêtes, et cette tendance aura d'autant plus de chances de se faire jour que la difficulté sera plus grande de pénétrer ce que devraient être, d'après la conscience publique, les usages en telle ou telle matière.

Avant de terminer l'étude de la thèse sociologique, nous voulons nous arrêter quelque peu à constater que ce système, dont la vogue fut considérable dans la doctrine, n'a trouvé aucun crédit auprès de la jurisprudence. Sans doute, on peut citer quelques décisions qui reproduisent les formules sociologiques sur les usages ou la conscience universelle, mais ce ne sont que de rares exceptions. Nous ne manquerons pas d'ailleurs de citer au passage celles que nous avons rencontré. Cette abstention de la jurisprudence, à l'égard d'une doctrine si célèbre, est, croyons-

nous le meilleur argument que l'on puisse donner en faveur de son inapplicabilité.

La démonstration de cette ignorance par les tribunaux de la notion sociologique des bonnes mœurs, serait bien facile à faire, si l'on voulait la chercher dans les décisions qui constituent le fond même de l'attitude des juridictions de tous ordres à l'égard des contrats immoraux. Mais nous voulons aller plus loin, et, prenant pour exemple, les contrats qui ont été l'objet d'un changement d'appréciation, nous chercherons dans quelle mesure les juges ont pris dans les usages ou l'idéal moyen les raisons de leur revirement.

Un premier exemple peut être tiré du contrat de courtage matrimonial, opération par laquelle un individu s'engage à verser une somme d'argent à un tiers si ce dernier lui procure un mariage à sa convenance. Entendons-nous bien, il ne s'agit pas ici de trancher la question de savoir si ce courtage est moral ou non, s'il doit être considéré par les tribunaux comme licite, ou comme illicite. A ce sujet la doctrine et la jurisprudence sont divisées. L'on pourrait citer dans un sens ou dans l'autre, des avis très autorisés et des décisions nombreuses.

Voici par exemple ce que disait Denisart à ce sujet : « C'est un défaut dans la police de France qu'il n'y ait point de ces négociateurs et de ces médiateurs établis pour assortir les mariages, il semble que ce moyen de nous entr'avertir apporterait une grande commodité au commerce public » (1).

A une époque plus moderne, Rudyard Kipling dans les « simples contes des collines », exprime une idée analogue.

(1) Voir d'autres citations dans WAHL, *Rev. trim.*, 1904, p. 471.

A son avis toutefois, ce ne sont pas seulement quelques « négociateurs et médiateurs » qui seraient désirables, mais la création d'un ministère spécialisé : « Le ministère des mariages », et cela éviterait dit-il bien des ennuis, en particulier celui qu'a subi le héros de son conte. On pourrait remarquer, il est vrai, que l'histoire se passe à Simla et que Simla est une ville des Indes, mais nous répondrons que dans nos climats, à défaut de ministère, il existe bon nombre de négociateurs et médiateurs bénévoles. Négociatrices et médiatrices, faudrait-il dire plutôt, car ces fonctions sont le plus ordinairement remplies par d'importantes dames à cheveux blancs mues par le seul désir d'être utiles à leurs semblables. C'est donc peut-être que le procédé répond à un besoin.

Quoi qu'il en soit, cette question dépasse notre sujet et nous allons seulement essayer de montrer que la jurisprudence, dans ses appréciations d'ailleurs contradictoires sur le courtage rémunéré, ne s'est guère inspirée de la notion sociologique des bonnes mœurs.

Contrairement à ce que l'on pense en général, ces divergences d'appréciation par les tribunaux remontent fort loin. Déjà des arrêts datant de la première moitié du xix^e siècle avaient admis la validité du contrat de courtage (1), tandis qu'un arrêt de Paris (2), et une importante décision de la Cour impériale de Poitiers (3) faisaient prévaloir la thèse inverse. Le contrat soumis à la Cour était le suivant : « Je promets payer à Faubert, marchand de vins à Niort, la

(1) Seine, 6 janv. 1830. G. Trib., 7 janv. 1830. — Bourgoïn, Le Mans, Toulouse, etc... S. 55.1.342.

(2) Paris, 19 août 1836. Le Droit, 30 août 1836.

(3) S. 53.2.263.

somme de six mille francs, si je me marie avec Mme veuve Marchand d'Auzuré, pour les démarches qu'il a fait ; bien entendu que si ce mariage ne réussissait pas, alors cette obligation serait nulle, et M. Faubert ne pourrait rien exiger. Cette somme sera payable dans le délai de deux ans à partir de la célébration du mariage, soit en espèces soit en marchandises ».

Voici les considérations qui ont amené la Cour à prononcer la nullité de cette obligation : « Attendu que le mariage est un acte essentiellement personnel, qu'à ce titre, et en raison du caractère d'irrévocabilité qui le distingue, il doit être, plus encore que tout autre le résultat de la volonté libre, et spontanée, des personnes qui s'engagent »... « Attendu qu'au point de vue de la morale, le mariage qui est le lien le plus important de la vie doit être aussi le plus saint et le plus sacré, qu'il est du devoir de la justice de lui conserver cette pureté qui en fait, aux yeux de tous, le mérite et la force. Attendu que s'il est permis à des tiers de s'interposer pour amener un rapprochement entre deux personnes que les convenances réciproques paraissent réunir, cette intervention, pour être morale doit être le résultat d'une affection sincère et désintéressée ; qu'admettre qu'il en puisse être autrement, ce serait avilir le mariage en faisant de lui une industrie et un trafic honteux... »

En résumé, la Cour fait appel aux entités morales les plus classiques : l'importance, la pureté ; la sainteté du mariage, pas un mot sur ce qu'en ont fait les usages ou les mœurs.

Pourvoi en cassation fut formé contre cette décision, et la Chambre civile, sous la présidence de Troplong rejeta

le pourvoi dans un arrêt qui pose nettement l'hostilité de la Cour suprême au courtage matrimonial (1).

« Attendu que le mariage étant, dans le système de notre législation, un engagement irrévocable qui touche aux intérêts les plus élevés de la famille et de la société, dont il est la base essentielle, le consentement des époux qui s'unissent ou des parents qui ont autorité sur eux doit être libre, éclairé, et par conséquent affranchi de toute influence étrangère, et intéressée à agir sur la détermination du ou des autres ; que tout ce qui serait de nature à compromettre ou à altérer la moralité et la liberté du consentement est, par cela même contraire au vœu de la loi, à l'ordre public et aux bonnes mœurs, qu'il en est ainsi d'une convention, par laquelle un tiers, s'engageant à employer ses soins et démarches pour un mariage, stipule en retour, sous la condition de réussir une prime calculée moins en raison des soins ou des démarches promis qu'en vue du succès et selon l'importance du résultat... ». « Attendu que pour rendre illicite une telle convention, il n'est pas nécessaire que le danger de cette influence intéressée soit réalisé, et que le mal se soit produit, qu'il suffit que le danger se montre et que le mal soit possible. Que là, en effet, tout est irréparable » (2).

Dans cet arrêt de principe la Chambre civile fait donc état de l'irrévocabilité du mariage, de son importance, de la moralité et de la liberté qui sont nécessaires au consentement. Mais la Cour semble se soucier fort peu de ce que pense de tout cela la conscience publique ou l'idéal moyen.

A la suite de cette décision, la jurisprudence semble

(1) Civ. 1^{er} mai 1855. S. 56.2.263.

(2) Voyez par ex. : D. P. 69.2.58 ; Loi, 30 sept. 1886 ; G. P. 84.1.302 ; G. P. 91.2.525 ; S. et P. 95.1.196 ; Loi, 5 mars 1898 ; Droit, 5 juin 1898.

fixée, de très nombreux arrêts condamnent le courtage, et toujours en invoquant les principes moraux traditionnels. On trouve, par exemple, dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris cet argument : « Attendu qu'une semblable spéculation intervenue à l'occasion d'un mariage... c. a. d. d'un contrat dont la liberté et la dignité intéressent l'ordre public, ne saurait produire aucun effet légal et que les conventions intervenues à ce sujet sont nulles comme ayant une cause illicite » (1). Un arrêt de la Cour d'appel de Nîmes (2) n'est pas moins catégorique : le courtage matrimonial, y est-il dit est « incompatible avec la dignité du mariage, et par ces motifs condamné par la jurisprudence ». Très nombreux sont les arrêts qui prennent à cette époque une attitude analogue. Il n'est question que de la dignité, de la moralité du mariage, de la moralité qui doit y présider. Pas la moindre allusion aux usages.

Après un demi-siècle d'unanimité, la jurisprudence va brusquement se trouver divisée par un jugement du tribunal de Lisieux qui semble se référer à la notion sociologique de bonnes mœurs (3). Les attendus du jugement sont assez longs et assez nombreux : une opération de courtage matrimonial lui était soumise, le tribunal, disposé à en reconnaître la validité, prend soin de signaler d'abord que la somme promise n'est pas une commission fixée d'après un quota dotis, qu'au contraire : « En souscrivant les dits billets, X... paraît plutôt avoir voulu rembourser Y... des dépenses faites par lui, et le rémunérer du service que, croyait-il alors, il lui avait rendu. » Ensuite seulement le tribunal fait valoir que les raisons qui ont

(1) Paris, 29 juin 1891. G. P. 1891.2.253.

(2) G. P. 1884.1.803.

(3) Lisieux, 24 janv. 1903. S. 1903.2.183.

déterminé la Chambre civile en 1855 ne sont plus variables, que « dans l'état actuel de nos mœurs, un tel système (nullité de principe du courtage matrimonial) semble excessif... que beaucoup d'unions ne sont plus basées aujourd'hui que sur l'intérêt ; qu'en un mot le mariage est devenu une affaire ; qu'il en est ainsi particulièrement dans une certaine classe de la société et non la moins élevée ».

Voilà donc un jugement qui entre assez nettement dans les vues des juristes sociologues, se référant positivement à l'état actuel de nos mœurs. L'occasion est bonne, nous semble-t-il, pour remarquer combien dangereuse serait cette notion sociologique, si elle pouvait être largement appliquée. Le tribunal de Lisieux n'affirme-t-il pas dans ses attendus que « le mariage est devenu une affaire ». Pourquoi pas un placement à court terme ? Si l'on prétend déduire de pareilles conclusions de l'observation des mœurs, jusqu'où ne va-t-on pas pouvoir aller ? A quand l'affirmation par les juridictions pénales que dans l'état de nos mœurs, le viol et l'assassinat ne sont plus faits tellement répréhensibles ?

Il est à peine besoin de préciser que les affirmations hardies du tribunal de Lisieux n'ont pas évoqué d'écho dans les autres juridictions. A vrai dire, pourtant, elles n'ont peut-être pas été absolument dénuées d'effets, car la Cour de cassation, devant qui la question s'est trouvée de nouveau portée en 1904, n'a pas renouvelé la condamnation catégorique de 1855. Elle a évité de prendre parti, voici dans quelles circonstances :

La Cour d'appel de Toulouse, à la date du 5 novembre 1900, rendit l'arrêt suivant (1) : Un courtier matrimonial de

(1) Toulouse, 5 nov. 1900. D. 1904.1.420.

profession, M..., qui avait été mandaté par B... pour faire des démarches en vue de lui découvrir une âme sœur et qui ayant réussi réclamait rémunération, fut débouté de sa demande : « Attendu que le principe posé par la jurisprudence de l'immoralité de la négociation matrimoniale à prix d'argent ne saurait comporter d'exceptions... ». « Attendu que M... ne justifie, en dehors de cette cause (rémunération pour courtage), par elle-même illicite, d'aucun débours sérieux, d'aucun service pouvant justifier un salaire ; par ces motifs, déclare illicite dans son entier l'engagement invoqué par M..., et, comme tel l'annule. »

Pourvoi en cassation. Notons que l'occasion était bonne pour la Cour de se prononcer sur l'immoralité de l'opération, car le moyen du pourvoi posait fort nettement la question : « Fausse application des art. 1131 et 1133 C. civ., y est-il dit, en ce que, sans contester que l'exposant ait réellement fait des démarches en vue de marier le sieur B..., et que celui-ci ait pris l'engagement de le rémunérer, l'arrêt a néanmoins refusé d'assurer l'exécution de cet engagement par ce motif qu'en principe, les négociations matrimoniales à prix d'argent seraient immorales, que ce principe ne comporterait pas d'exceptions, et que l'exposant exerçant la profession d'agent matrimonial, toutes les démarches faites par lui seraient, par définition, de celles que repoussent la liberté et la dignité du mariage, alors cependant que la profession d'agent matrimonial n'a en elle-même rien de contraire aux lois ni aux mœurs... ».

Et la chambre civile, délaissant toutes ces considérations, de répondre simplement : « attendu qu'il est constaté souverainement en fait par la Cour d'appel que M... ne justifie d'aucun débours sérieux, d'aucun service pouvant

justifier le salaire qu'il réclame ». « Attendu que ces motifs suffisent pour donner une base légale à la décision qui a rejeté la demande. Par ces motifs rejette... »

Sans doute la Cour d'appel constatait bien que M... ne justifiait d'aucun débours sérieux, mais « en dehors de cette cause », et, cette cause, il s'agissait précisément de savoir si elle était valable. La Cour suprême a donc éludé la question. Deux conclusions pouvaient être tirées de cette attitude, ou bien la chambre civile n'ayant pas statué, sa jurisprudence de 1855 restait valable — ou, au contraire, la cour n'ayant pas reproduit son arrêt de 1855 c'est qu'elle a estimé les raisons qui le justifiaient désuètes et périmées.

A la suite de cette décision, les juridictions inférieures se sont de nouveau partagées. Les unes se prononcent pour la nullité, d'autres pour la validité du courtage, mais à notre point de vue leur attitude ne s'est pas modifiée, toujours elles appuient leurs décisions sur les notions morales traditionnelles. « Attendu que le but poursuivi était des plus honorables puisqu'il tendait à la fondation d'un foyer, et le mandat reçu par X... ayant été accompli dans des conditions de loyauté et de correction reconnues par son adversaire » déclare le tribunal de la Seine (1), s'apprêtant à valider en l'espèce le contrat de courtage.

« Attendu qu'il importe peu que le mariage ne soit plus irrévocable et qu'il puisse être dissous par le divorce, qu'il repose toujours comme condition essentielle sur le libre consentement des époux ; par suite que toute convention dont l'effet est d'altérer ou de fausser le consentement des

(1) Civ. Seine, 3 fév. 1927. G. P. 1927.1.496. Dans le même sens : S. 1910.2.193 ; D. P. 1912.2.204 ; D. H. 1932, p. 382 ; D. H. 1934 ; Somm., p. 26.

parties, ou de l'une d'elles doit être annulée comme contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs ». Ainsi s'exprime la Cour d'appel de Pau avant de déclarer nul un contrat de courtage (1).

A une époque assez récente, une nouvelle dissidence s'est manifestée, et les idées sociologiques se sont de nouveau fait jour dans un important arrêt de la Cour de Colmar qui les consacre de façon catégorique (2).

« Sur la nullité du contrat : attendu que pour apprécier la valeur, pour la solution du présent litige, de la jurisprudence invoquée par D..., à l'appui de sa thèse, il importe de tenir compte du fait que la jurisprudence de toutes les époques, sur la question de la légalité du contrat d'entremise en matière de mariage a subi nécessairement l'influence directe des idées sur le mariage lui-même... »
« Que l'arrêt de Cassation du 1^{er} mai 1855 et la jurisprudence postérieure qui en adopte les principes ne peuvent pas avoir toute leur valeur aujourd'hui, en raison des modifications incontestables qui se sont produites tant au point de vue législatif, qu'au point de vue des idées et des mœurs... Attendu que le contrat de courtage matrimonial n'est pas contraire aux bonnes mœurs, qu'il n'est donc pas illicite, qu'on ne saurait méconnaître que l'entremise professionnelle, en matière de mariage, est, dans une importante mesure, entrée dans nos mœurs actuelles, que l'intervention correcte et loyale d'un courtier professionnel, pour faire contracter une union légitime ne blesse en rien

(1) Pau, 9 août 1904. D. 1905. 2. 15. Dans le même sens : Caen, S. 1905. 2. 263 ; Civ. Seine : G. P. 1904. 1. 457 ; Civ. Seine, G. P. 1912. 1. 704 ; Comm. Seine, G. P. 1928. 2. 658 ; Comm. Seine, J. Trib. de commerce, 1930-93.

(2) Colmar, 18 nov. 1933, G. P. 1934. 1. 194 ; S. 1934. 2. 186.

le sentiment général de la morale et de l'ordre public... »

Constatons d'abord que sur la notion du mariage la Cour de Colmar est en opposition avec le tribunal civil de Lisieux. L'une comme l'autre partent de la constatation des usages ou des mœurs, mais tandis que le premier concluait que le mariage n'était qu'une affaire, l'autre le place « dans une sphère élevée ». Ce qui prouve que la base d'appréciation utilisée par les juristes sociologues n'est pas si objective, si scientifique qu'ils se plaisent à l'affirmer.

En outre, il faut remarquer que la Cour de Colmar, prend soin de s'appesantir sur le fait que l'intervention du Courtier a été « correcte et loyale » cherchant ainsi à justifier sa décision par d'autres considérations que le sentiment général à l'égard du courtage.

Enfin, ces deux décisions à tendance sociologique (Lisieux 1903 et Colmar 1933) ne tiennent pas dans la jurisprudence, une place très importante. Notre exposé les a mises nettement en relief, d'abord par souci d'impartialité, enfin, à cause de leur caractère de dissidence par rapport au courant jurisprudentiel. Ce sont, en réalité, les deux seules décisions à adopter la tendance que nous critiquons. Elles sont perdues dans la masse des autres.

L'arrêt de Colmar semble, comme trente ans plus tôt l'arrêt de Lisieux, devoir être sans lendemain. A la toute dernière époque, est intervenue une décision de la Cour de Lyon qui continue la ligne traditionnelle (1). « Attendu, dit-elle, que les conventions conclues avec des entremetteurs qui se chargent, moyennant une rémunération convenue de procurer aux parties, un mariage conforme à

(1) Lyon, 25 janv. 1937. S. 1937.2.151.

leurs désirs, sont nulles comme contraires à la dignité ou à la liberté du mariage ». Ce sont presque les mêmes expressions, en tous cas les mêmes idées, que celles de l'arrêt de 1855.

Ajoutons que la jurisprudence étrangère est, au moins autant que la nôtre attachée à la conception morale traditionnelle. « Attendu que ce droit de courtage répugne au sens moral et à la raison juridique. Attendu qu'il (le sens moral) se trouve froissé lorsque l'entremise accordée à prix d'argent passe de l'ordre matériel dans l'ordre moral, et surtout lorsqu'elle s'insinue dans l'ordre des affections et des sentiments qui sont la base de l'association conjugale ». « Attendu que le courtage répugne aussi à la raison juridique en ce que, cette entremise rétribuée est inconciliable avec l'institution et le but du mariage ». Ainsi s'exprime un arrêt de la Cour de Turin (1) fortement inspiré par la décision française de 1855.

La Cour de Cassation de Belgique, cassant une décision de Bruxelles, prend une attitude analogue (2) : « Attendu que dans ses premières considérations, l'arrêt assimile le mariage à une vente, un louage, un prêt, un cautionnement, ... ce qui l'amène à trouver naturel et légal qu'un intermédiaire mette à prix la volonté d'une personne d'en épouser une autre, comme si la disposition de soi-même, de son avenir et de sa vie tout entière, était, pour elle, un souci du même ordre que la disposition de quelque partie de son avoir ». « Attendu qu'un traité qui met en jeu de pareils intérêts et les livre au hasard des intrigues et des ruses que la cupidité peut imposer à celui qui doit en

(1) Cass. Turin, 25 sept. 1883. S. 84.4.20.

(2) Belgique, 16 mars 1905. S. 1908.4.22.

recueillir le bénéfice... ne peut être mis sur la même ligne qu'un contrat de courtage au sujet de choses qui sont dans le commerce... »

Citons enfin un jugement du tribunal de Bucarest (1), qui pourrait être considéré comme un résumé de la jurisprudence française contemporaine en la matière : « Attendu que... il faut examiner si la demanderesse, en sa qualité d'entremetteuse, s'est conformée aux règles de la moralité et de la bonne foi ; que le seul fait d'un tiers d'intervenir et de prêter son concours à la conclusion du mariage d'autrui n'est pas en soi un fait immoral... la question de savoir si le courtier matrimonial a ou non une action pour réclamer ce qui lui est dû dépend de la nature des moyens employés dans l'exercice de ses fonctions, considérée au point de vue moral » (2).

Nous croyons donc pouvoir conclure que cette notion des bonnes mœurs qui en ferait un abrégé des usages en cours et de l'idéal moyen n'a pas pu se faire jour même à l'occasion du courtage matrimonial qui lui était particulièrement favorable, et nous nous appuyons pour cela, non seulement sur les termes employés par les arrêts, sur leurs motifs, mais même sur leur dispositif : Validité du contrat de courtage disent les uns, nullité affirment les autres, mais cela parce qu'il n'y a jamais deux cas identiques. Parfois les tribunaux se trouvent en présence d'opérations honnêtes, de services loyalement rendus, et qui réclament une juste rémunération : ils l'accordent. Dans

(1) Bucarest, 10 sept. 1900. S. 1901.4.37 (en note).

(2) Voir encore Cassation Naples, 10 oct. 1903. S. 1905.4.5 ; Cour d'appel de Bologne, 18 avril 1904. S. 1905.4.6 ; Trib. Reg. sup. de Cassel (Allem.), 8 févr. 81. Clunet, 1882, p. 349 ; Cass. Roumanie, 19 janv. 1899. S. 1901.4.38.

d'autres cas, au contraire, l'opération est louche, le courtier est un professionnel d'une moralité douteuse, et les juges d'annuler le contrat. En somme, il semble bien ressortir de toutes ces décisions contradictoires, que les juges scrutent d'abord la valeur de l'opération d'après la vieille loi morale ancrée au fond d'eux-mêmes. Est-elle conforme, alors les raisons ne manquent pas pour la valider. Est-elle contraire, les motifs d'annulation affluent. La Cour de Colmar elle-même n'a sans doute eu recours au criterium du « sentiment général » et des « mœurs actuelles » que parce qu'il lui fallait quelques bonnes raisons pour conclure à la validité d'une convention que les magistrats en leur âme et conscience estimaient irréprochable.

Il est d'usage de rapprocher des conventions que nous venons d'examiner le contrat dit d'« entreprise de succès dramatique » plus connu par ceux qui y coopèrent sous le nom de « claque ». Les juristes sociologues, en effet, ne manquent pas de faire remarquer qu'ici comme en matière de courtage, la jurisprudence a changé d'attitude, et de conclure qu'elle s'est laissée ballotter au gré des vents de l'opinion publique tour à tour favorable et hostile à ces sortes de contrats, selon que la mode ou les usages lui dictent l'indulgence ou la sévérité.

Nous croyons avoir montré qu'en réalité les considérations qui inspiraient la jurisprudence en matière de courtage étaient toutes différentes de celles mises en avant par la thèse sociologique. Bien que les arrêts soient moins nombreux, nous prétendons faire la même constatation dans ce nouveau domaine.

C'est un arrêt de 1839 (1) qui semble poser, pour la pre-

(1) Paris, 3 juin 1839. Rép. Dalloz v^o obligation, n^o 638, note 3.

mière fois depuis la promulgation du code, la nullité des contrats de claque : « attendu, dit-il, qu'un tel contrat est essentiellement basé sur le mensonge et la corruption... » « Attendu qu'en effet les manifestations mensongères et achetées d'avance troublent, chaque soir, l'intérieur des théâtres, et détruisent violemment la liberté d'examen du public qui paye. »

Argument est donc pris par la Cour de ce que la claque est mensongère, de ce qu'elle entrave la liberté d'examen. Rien, dans tout cela, qui rappelle la notion sociologique.

C'est une référence aux mêmes principes que l'on retrouve dans un arrêt plus récent de la Cour de Lyon (1) : « On ne peut admettre comme compatible avec le respect de la saine morale une stipulation dont le but avoué est de provoquer des démonstrations et des applaudissements mensongers... »

La jurisprudence semblait donc fixée lorsqu'un arrêt de la Cour de Paris (2) est venu infirmer un jugement rendu par le tribunal de commerce de la Seine (3) et qui reproduisait presque textuellement les attendus de l'arrêt de 1839 : mensonge, corruption, entrave à la liberté d'examen, tels étaient les chefs d'annulation invoqués. La Cour de Paris a repris ces arguments, et s'est efforcée, dans les longs motifs de son arrêt, de montrer que la claque était au contraire une pratique saine et honnête. Elle n'empêche pas le public de juger l'œuvre dramatique, dit la Cour, mais au contraire, met en relief les meilleurs passages. Elle n'a pas en vue le mensonge mais tend à procurer aux acteurs les

(1) Lyon, 25 mars 1873. S. 1873.2.179.

(2) Paris, 5 avril 1900. S. 1900.2.144.

(3) Comm. Seine, 27 juin 1896. G. P. 96.2.408.

quelques instants de repos qui leur sont nécessaires. Elle est approuvée par la société des auteurs, etc...

On rencontre en somme, dans cette décision, à peu près tous les arguments que l'on peut invoquer en faveur de la claque, sauf celui qui eût consisté à dire : elle est largement tolérée par les mœurs. C'eût été, pourtant, le cas ou jamais d'y faire allusion.

Il n'existe pas à notre connaissance d'arrêt plus récent relatif à ce genre d'opérations, de sorte qu'il serait exagéré de parler de revirement jurisprudentiel. Hier la Cour de Paris a validé le contrat de claque, demain la Cour d'Aix ou de Lyon peuvent de nouveau l'annuler. Peu nous importe d'ailleurs. La seule chose que nous ayons voulu constater c'est que les décisions des tribunaux et des cours ne leur sont, pas plus ici qu'en aucune autre matière, dictées par la constatation des usages et de l'idéal courant.

Nous avons donc repoussé successivement le critérium proposé par l'école exégétique — en particulier celui de Huc — et celui que l'on pourrait tirer de la doctrine sociologique. Les bonnes mœurs, disait la première école, ont été fixées par le législateur, il faut en chercher la liste dans la loi seule. Cette notion nous a paru trop étroite. En revanche, nous écartons comme trop floue, dangereuse et difficilement applicable la solution proposée par les juristes sociologues. Reste à déterminer maintenant quelle est, en réalité, la notion de bonnes mœurs qui a cours effectivement dans le droit actuel.

CHAPITRE II

Quelle est la thèse de la jurisprudence.

SECTION I. — **Notion pénale des bonnes mœurs.**

Pour déterminer quelle est effectivement la notion de bonnes mœurs appliquée par notre droit, la première pensée qui vient à l'esprit est de s'en rapporter au droit pénal. Le Code de 1810 et les lois postérieures contiennent, en effet de nombreuses allusions et quelques précisions sur les attentats aux mœurs, les outrages aux bonnes mœurs, etc... Il n'y a à priori, aucune raison de penser que ses rédacteurs se soient fait de ces notions des idées différentes de celles qui ont présidé à la rédaction des art. 6 et 1133 Code civ., il est donc permis d'essayer d'en tirer quelques directives.

L'on rencontre au Code pénal une section intitulée : « attentats aux mœurs ». Elle renferme les art. 330 à 340. Sous cette rubrique se trouvent rangés plusieurs délits : l'outrage public à la pudeur qui fait l'objet de l'art. 330. L'attentat à la pudeur commis sur la personne d'un enfant de moins de 13 ans (art. 331). Le viol (art. 332). L'excitation habituelle de la jeunesse à la débauche, le détournement de mineurs, toute contrainte exercée sur une femme ou une fille, même majeure pour la livrer à la débauche. Enfin, les délits qui supposent un mariage préalable ; adul-

tère de la femme, entretien par le mari d'une concubine au domicile conjugal, bigamie.

En résumé, les mœurs auxquelles le législateur interdit d'attenter se ramènent ici à quelques points de morale sexuelle. Voilà donc déterminé un aspect de la notion de bonnes mœurs, aspect certes fort étroit, mais d'application aisée. Les actes visés par le texte sont presque tous des faits matériels, et qui se trouvent suffisamment désignés. Enregistrons donc cette précision, une des rares que l'on trouve en la matière chez le législateur.

En poussant plus loin notre investigation, nous allons nous heurter à quatre textes plus récents : loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, qui, dans son article 28 réprime les « outrages aux bonnes mœurs » commis par la voie du livre. Loi du 2 août 1882, 16 mars 1898 et 7 avril 1908 qui visent la répression des mêmes agissements, mais commis par la voie « d'écrits, d'imprimés autres que le livre, d'affiches, dessins, gravures, emblèmes, objets ou images obscènes ou contraires aux bonnes mœurs ».

Autres textes, autre notion, il va de soi que l'outrage aux bonnes mœurs perpétré par le livre ou l'imprimé ne peut être un viol ou un adultère, et la question se trouve de nouveau posée : Quelles sont les bonnes mœurs que le législateur de 1881 et de 1882 entend protéger ?

Pour donner à cette question la réponse qu'elle comporte, et qui soit susceptible de nous guider dans l'étude de la notion de bonnes mœurs en droit civil, il faut l'étudier à la lumière de l'Histoire et des courants d'idées dont ces textes contiennent un reflet.

Dans l'antiquité, la question ne se posait pas. Nous avons vu que chez les Romains, la notion civile de bonnes

mœurs ne s'était élaborée que peu à peu, et que jusqu'à la fin, elle était restée assez vague. Mais de notion pénale de bonnes mœurs, il ne pouvait être question, car le délit d'outrage aux bonnes mœurs n'était pas inventé. D'une part, les mœurs primitives étaient fort libres, et ne connaissaient guère ce que nous appelons aujourd'hui la pudeur, en outre, la notion antique du délit supposait un acte matériel, une atteinte à l'intégrité physique. Donc, pouvait seul exister ce que le Code pénal nomme attentat aux mœurs. En fait, d'ailleurs, les écrivains grecs et latins ont été très réalistes dans leurs écrits souvent obscènes. Pas seulement Anacréon et Sapho, les plus illustres dans le genre érotique, mais encore Aristophane, Horace Juvénal. Il ne semble pas que l'on songeât alors à s'en effrayer.

Le Christianisme à ce point de vue, comme à tant d'autres, marque le début d'une ère nouvelle. La morale qu'il enseigne, profondément humaine, visant au perfectionnement de l'espèce comme de l'individu, jette l'anathème sur tout ce qui tend à dissocier l'acte sexuel de sa fin : la reproduction. C'est le christianisme qui nous a doté de la notion de faute pour tout ce qui contrevient à ses deux commandements : « Luxurieux point ne seras de corps ni de consentement ». « L'œuvre de chair ne désireras qu'en mariage seulement ».

Malgré cette transformation, l'on ne voit pas tout de suite apparaître ce que nous appelons l'outrage aux bonnes mœurs par l'ouvrage et l'écrit. Ceux-ci sont trop rares, pour qu'il y ait lieu de s'en préoccuper, et l'état d'anarchie qui succède à la chute de l'Empire romain, rend impossible une répression efficace.

Cette situation va se maintenir dans l'ensemble pendant

tout le moyen âge. La seule littérature de l'époque : les chansons de geste, les chroniques, la poésie lyrique sont accessibles à trop peu pour que le pouvoir temporel s'émeuve de l'immoralité qu'ils pourraient contenir. La monarchie naissante, d'ailleurs, aura bien d'autres soucis que de combattre la licence des écrits ou des mœurs. L'Eglise, par l'intermédiaire de ses prédicateurs, tonne contre les écrits immoraux. Gerson, en particulier maudit le roman de la Rose « ou l'ars d'amors est tote enclose ».

Au xvi^e siècle, la monarchie l'emporte, les grands seigneurs se soumettent, et, par réaction contre la période qui vient de s'écouler, le roi va gouverner en pouvoir central fort.

Dès ce moment, la confusion va commencer à s'établir entre l'outrage aux bonnes mœurs, et le libelle politique, et cela pour deux raisons : la première c'est que le catholicisme étant la religion du roi, toute atteinte à la morale qu'il enseigne est une atteinte à l'autorité royale. La seconde, c'est que le protestantisme naissant aura souvent recours à la satire licencieuse, grossière même, pour essayer de discréditer dans l'opinion publique ses deux ennemis : le roi et l'Eglise. Les deux choses se trouvaient donc liées. En frappant le libelle politique, on atteignait l'offense à la morale. Le principal souci de la répression à cette époque était d'arrêter les pamphlets séditieux. L'immoralité ne venait que tout à fait au second plan. Les ordonnances de Saint-Germain du 17 janvier 1561. Celle du 10 septembre 1563 qui défend d'« imprimer aucun livre sans la permission du roi » sont dirigées contre les protestants. Il est vrai qu'une ordonnance rendue par Henri II en 1587 et qui autorise la visite des boutiques d'imprimeurs s'assigne bien pour but de mettre fin à la « corruption des

mœurs ». Mais il semble bien qu'on ait voulu désigner par là ce qu'on appelait les mœurs religieuses, c'est-à-dire l'hérésie.

Avec le ^{xvii}^e siècle, voici les guerres de religion terminées. Après 1653, la Fronde a pris fin. Une réaction se dessine contre le libertinage qu'avait favorisé ces périodes de trouble.

Voilà donc le pouvoir temporel d'accord avec l'Eglise pour une répression de l'immoralité ; et cette répression ne sera pas inutile : dès cette époque, le livre s'est répandu, il atteint maintenant une partie importante du peuple et particulièrement la jeunesse. Il risque de devenir un agent corrupteur.

Or, à cette époque encore profondément imprégnée d'influence et de tradition chrétienne, la question de savoir ce que sont les bonnes mœurs ne se posait pas plus au point de vue du droit pénal qu'en matière civile : c'est la morale religieuse dans tous ses aspects, dans toute son ampleur. En un mot, le domaine du délit n'est autre que celui du péché.

Malgré cela au ^{xvii}^e siècle encore, on discrimine mal, l'aspect politique de la question, de son aspect proprement moral ou religieux. Sans doute, c'est la morale chrétienne dont le respect est imposé, mais pas seulement en tant que morale, dans une large mesure, aussi, parce qu'elle est alors considérée comme le fondement de l'ordre politique et social. C'est ainsi qu'une « déclaration du 10 mai 1728 » concernant les imprimeurs, commence par ces mots : « Louis etc..., L'impression et la vente des livres ont toujours été l'un des principaux objets de l'attention des rois nos prédécesseurs, persuadés de la nécessité d'empêcher le cours d'ouvrages capables de donner atteinte à la tranquil-

lité de l'Etat, à la pureté, des mœurs et à la sainteté de la religion... » et plus loin. « Plusieurs imprimeurs ont porté la licence jusqu'à imprimer sans privilège ni permission des ouvrages tendant à corrompre les mœurs de nos sujets ou à répandre des maximes également contraires à la religion et à l'ordre public ». Le but de la réglementation qui va suivre est bien exprimé : protéger les mœurs, l'état, et la Religion. On ne dissocie guère alors les trois notions. Les nombreux autres textes (1) qui, du début du xvii^e siècle à la fin de l'ancien régime vont réglementer l'imprimerie, seront rédigés dans le même esprit.

Notons d'ailleurs, en passant, que ces textes furent loin d'être appliqués avec rigueur, et qu'il circula, aux xvii^e et xviii^e siècles de nombreux livres licencieux, dont quelques-uns comme « Les contes » de la Fontaine ou la « Religieuse » de Diderot connurent un vif succès.

Le moment est venu de faire le point, car nous arrivons à un tournant de l'histoire.

Jusqu'à l'avènement du christianisme, n'étaient réprimés que ce que nous appellerions les « attentats aux mœurs », actes matériels. La religion catholique, s'est toujours efforcée au contraire, de faire respecter toute sa notion morale. Longtemps, elle fut réduite, pour cela à ses propres moyens, mais à partir du xvii^e siècle, le pouvoir royal lui apporte son appui, appui quelque peu intempes-
tif d'ailleurs, puisque sous prétexte de morale, il s'occupera aussi de délits politiques.

Avec la Révolution, nous voyons apparaître en notre matière, deux grandes innovations : la liberté de la Presse

(1) En particulier : Ordonnance de janvier 1629. Règlement du 28 fév. 1723 (Ville de Paris). Règlement du 10 mai 1728.

et la laïcisation du droit pénal, proclamés dans l'art. 10 de la déclaration des droits de l'Homme : « nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leurs manifestations ne troublent pas l'ordre public établi par la loi ».

En fait, nous allons revenir, au point de vue de la protection des bonnes mœurs à une situation analogue à celle qui s'était établie au moyen âge. D'une part, l'Eglise a conservé sa conception extensive de la morale. D'autre part, les pouvoirs publics, officiellement l'ignorent. Un texte est donc devenu nécessaire pour définir quelles sont, dans le domaine moral les règles que l'état entend faire respecter. Ce fut l'art. 8, titre II de la loi du 19-22 juillet 1791, sur l'organisation de la police municipale « Ceux qui seront prévenus d'avoir publiquement attenté aux mœurs, par outrage à la pudeur des femmes, par actions déshonnêtes ou par exposition ou vente d'images obscènes, pourront être saisis et conduits chez le juge de paix ».

Ce texte se réfère à une notion étroite : d'une part, il n'envisage que la morale sexuelle, encore ne protège-t-il que la pudeur des femmes et seulement contre les « actions déshonnêtes » ou les « images obscènes ». Il n'est pas question du livre ou de l'écrit.

Malgré son étroitesse, cette loi fut vivement combattue. La liberté semblait alors douée de tant de qualités que toute restriction paraissait dangereuse. En fait d'ailleurs, il est à peine besoin de signaler que la période révolutionnaire connut une grande liberté de mœurs. Après la chute de Robespierre, notamment, et jusqu'à la fin du Directoire, sous couvert d'imitation de l'antiquité, toute licence aura cours. Personne, en dehors de l'Eglise, ne se souciait alors des outrages aux bonnes mœurs.

L'Empire n'éprouva pas le besoin de revenir à un système de répression plus efficace, la censure suffisait, c'était pour les écrits le remède préventif par excellence. Il faut noter cependant l'art. 287 du Code pénal promulgué en 1810. « Toute exposition ou distribution de chansons, pamphlets, figures ou images contraire aux bonnes mœurs sera puni d'une amende... » Mais ce texte ne trouva guère l'occasion de s'appliquer.

Après la chute de Napoléon, le retour des Bourbon fut une restauration dans toute la force du terme, retour au régime d'autrefois, retour aux idées délaissées. C'est l'occasion, pour nous de saisir quelle est l'élasticité de la notion pénale des bonnes mœurs, et comme elle est dans une dépendance étroite des idées qui en constituent la base. L'ancien régime avait entraîné dans sa chute, sa notion extensive des bonnes mœurs. Cela tient sans doute à ce qu'il l'avait rendue solidaire de lui-même en y faisant rentrer des considérations politiques, mais cela vient aussi de ce qu'il en avait demandé la substance à la religion catholique désormais abandonnée.

Toute idée métaphysique rejetée pendant la période révolutionnaire, la notion de bonnes mœurs s'était raccornie, jusqu'à n'être plus que quelques règles étroites de morale sexuelle.

Or voici que tout à coup la sève revient au rameau, et celui-ci de se développer, de reprendre son importance d'antan. La religion mise de nouveau à la base de la société, insuffle un esprit nouveau à l'article 287 du Code pénal, jusque-là presque ignoré. Il va englober d'un seul coup, non seulement toute la morale, mais la religion elle-même. « L'art. 287, frappant les écrits contraires aux bonnes mœurs, s'applique, par cette raison même, aux

articles contre la religion ». Ainsi parlait le garde des Sceaux à la Chambre en 1818.

Bientôt, cependant, ce texte parut insuffisant. On estima sans doute qu'il était nécessaire d'indiquer plus explicitement quel était le contenu de la nouvelle notion. D'où la loi du 7 mai 1819. L'art. 8 en est ainsi conçu : « Tout outrage à la morale publique et religieuse, ou aux bonnes mœurs, par l'un des moyens énoncés à l'art. 1^{er} sera puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 16 à 500 francs. » Les moyens visés au texte sont les discours, menaces, écrits, imprimés, dessins, etc...

Cet article fut l'objet d'une longue et vive controverse dans les deux chambres, étant regardé par les uns comme une innovation dangereuse, par les autres comme une nécessité.

A lire le texte, on pourrait croire qu'il fait allusion à trois notions distinctes, morale publique, morale religieuse, bonnes mœurs, mais si l'on tient compte de l'esprit qui a présidé à sa rédaction, toute difficulté disparaît. Morale publique et religieuse étaient considérées comme une seule et même chose. Lors de la discussion de la loi, l'un des orateurs résumait l'opinion générale en ces termes : « une morale qui ne serait pas religieuse ne serait pas une morale, mais un simple code de bienséances ». En pratique, enfin, les tribunaux ne distinguèrent pas entre morale publique et bonnes mœurs. Cette notion se trouva donc avoir un domaine très étendu. Trop étendu, même, peut-on dire, car elle constituait aux mains du ministère public une arme redoutable qui fut utilisée dans un but beaucoup plus politique que moral.

La loi de 1819 resta en vigueur sous l'Empire, mais déjà son application peu à peu devint moins rigoureuse. De

nouveau sa base chancelle, et la notion de morale, de bonnes mœurs va commencer à s'étioler à mesure que son fondement religieux va diminuer de force. A partir de 1860, une tendance se manifeste en faveur d'une dissociation des bonnes mœurs d'avec la morale religieuse. Un arrêt de la Cour de Paris (1) rendu en 1862 décida qu'une manifestation publique d'athéisme ne suffisait pas pour constituer le délit prévu par la loi de 1819.

Cette tendance ira en s'accroissant largement après la chute de l'Empire. La nouvelle république se devait de faire preuve de libéralisme. En outre, les croyances religieuses étant devenues moins fortes et moins répandues, la notion ne pourra plus maintenir son large domaine. Dans ces conditions la loi de 1819 devenait gênante. Elle faisait une allusion trop directe aux conceptions qui l'avaient fait naître. Un nouveau texte était nécessaire. Ce fut la loi du 29 juillet 1881, art. 28 : « L'outrage aux bonnes mœurs commis par l'un des moyens énoncés en l'art. 23 sera puni d'un emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de 16 à 2.000 francs. Les mêmes peines seront applicables à la mise en vente, à la distribution ou à l'exposition de dessins, gravures, peintures, emblèmes ou images obscènes ». La connaissance du délit était, en outre, donnée au jury. Enfin le texte précisait quelle était l'étendue ou plutôt l'étrécissement des bonnes mœurs nouvelle manière. Elles ne mettaient obstacle qu'à l'obscénité.

Obstacle insuffisant d'ailleurs, si l'on tient compte des lenteurs de la procédure d'assises. Bientôt les journaux licencieux se multiplièrent au point que moins d'un an après la promulgation de la loi nouvelle, le gouvernement

(1) Journal le Droit, 30 mars 1862.

dut déposer un projet cherchant à remédier aux abus qui s'étaient produits.

Le gouvernement eut voulu faire modifier l'article 330 du Code pénal de manière à assimiler le délit d'outrages aux bonnes mœurs par écrits ou images obscènes au délit d'outrage public à la pudeur. L'impossibilité de cette assimilation ne tarda pas à être reconnue, l'outrage public à la pudeur supposant une action matérielle. La Chambre préféra recourir à un autre système. « Laisser au délit d'outrage aux bonnes mœurs son véritable caractère, le rejeter hors de la loi qui régit la presse, et atteindre par des pénalités spéciales le délit pénal qu'elle avait à examiner (1). » C'est en fait ce qui se passa. Le livre continua à être régi par la loi de 1881, tandis que l'écrit, l'imprimé, les gravures, etc... pouvaient tomber sous le coup du nouveau texte qui devint la loi du 2 août 1882. Cette dualité de régimes répressifs s'expliquait par la différence du public atteint, le livre s'adressant à une clientèle moins nombreuse et plus cultivée.

Le nouveau texte est précis : Art. 1^{er} : « sera puni d'un emprisonnement,... quiconque aura commis le délit d'outrage aux bonnes mœurs par la vente... d'imprimés... ou images obscènes ». Il est clair que, d'après ce texte, contraire aux bonnes mœurs égale obscène. Donc deux régimes distincts, l'un pour le livre, l'autre pour l'imprimé, mais une seule et même notion de l'immoral : l'obscène.

Une fois encore, soulignons la marche du système. Nous sommes partis d'une conception très extensive : « la morale publique et religieuse » de 1819. A mesure que la représ-

(1) Rapport de M. Devaux au Sénat.

sion s'inspirait d'idées de moins en moins élevées, la notion s'est rétrécie jusqu'à n'être plus en 1882 que l'antithèse et l'obscénité.

Sans doute en serait-on resté à cette notion si l'industrie naissante à la recherche de rendements économiques ne s'était emparée de la pornographie comme d'une mine largement exploitable. A la fin du ^{xix}^e siècle, les feuilles licencieuses pullulèrent, se vendant à bon marché, destinées qu'elles étaient à atteindre la masse. Cet état de chose amena le vote de deux lois de circonstances : 16 mars 1898 et 7 avril 1908. Le rapporteur à la Chambre du premier texte, M. d'Estournelles, s'exprima en ces termes : « Le Parlement ne peut laisser dire et publier que la jeunesse française est moralement abandonnée à ceux qui font métier de la corrompre ; nous ne créons pas les mœurs, mais nous sommes responsables de la protection dont elles doivent être entourées, et notre indifférence en face d'un mal qui porte atteinte à la vie même, à la substance du pays, semblerait une abdication ». Ce rapport indique clairement le but de la loi : faire face aux nécessités créées par la situation nouvelle.

Pour y satisfaire, le législateur, modifiant l'article 1^{er} de la loi de 1882, ajoutait aux termes : objets, images obscènes, les mots « ou contraires aux bonnes mœurs ». En outre, les pénalités pécuniaires se trouvaient élevées, et le délit élargi du fait que la vente ou l'offre, même non publique, y rentrait, à condition d'être faite à un mineur.

Ce fut l'objet du second texte (1), que de supprimer définitivement la condition de publicité, qui, aux termes de la loi de 1898 était nécessaire pour constituer le délit,

(1) Loi, 7 avril 1908.

sauf dans le cas particulier de l'offre faite à un mineur.

A la simple lecture de ces textes, il est aisé de se rendre compte qu'ils contenaient en germe les éléments d'une controverse : la loi de 98 n'avait-elle pas ajouté au mot « obscène » de 1881, l'expression « ou contraire aux bonnes mœurs ». Quelle pouvait être, en agissant ainsi, la pensée du législateur ? Dans la jurisprudence, deux tendances se dessinèrent, l'une s'attachant à la lettre même de la loi se montra restrictive, l'autre, au contraire, s'inspirant de l'intention du législateur, du but du nouveau texte, s'efforça de lui assigner un plus large domaine. La discussion est importante, et l'évolution de la jurisprudence qui s'est produite sur ce point nous paraît décisive pour déterminer quel est actuellement le contenu de la notion de bonnes mœurs en droit pénal.

Les défenseurs du système restrictif faisaient valoir d'abord que les lois pénales sont d'interprétation stricte, or le texte modifié de la loi de 1882 ne se réfère nulle part à une notion large des bonnes mœurs. Le législateur n'a pas dit qu'il entendait, sur ce point précis, réformer le système antérieur. Les juridictions répressives doivent donc s'en tenir à l'interprétation adoptée avant 1898.

Un second argument était tiré du fait qu'en 1903, un projet de loi (1) avait été élaboré et déposé, projet qui cherchait à combler les lacunes de la loi du 16 mars 1898. Or, le rapporteur avait déclaré au Sénat : « jusqu'à ce jour, pour qu'une annonce fût punissable, il fallait que son texte même fût contraire aux bonnes mœurs ». Le commissaire du gouvernement n'avait pas protesté, — son silence valait approbation. — A quoi eût servi d'ailleurs le

(1) J. O., mai 1903, documents parlem. Sénat, p. 31.

nouveau texte voté par le Sénat, qui punissait « les annonces contraires aux bonnes mœurs », ou faites « dans un but obscène » si tel était déjà l'objet de l'ancienne loi. Or, le projet fut rejeté par la Chambre (1). Il n'y avait donc pas lieu d'en tenir compte, mais on devait, au contraire, s'arrêter aux conséquences qu'il impliquait par rapport à l'ancien texte et qui avaient été implicitement approuvées par le gouvernement.

Cette opinion se trouva adoptée en particulier par un jugement du tribunal correctionnel de la Seine du 21 mars 1908 (2). Dans l'espèce, le Parquet poursuivait une femme nommée Desmaret. Celle-ci avait inséré au journal « Fin de siècle » du 6 juin 1907, et sous la rubrique « soins et hygiène » l'annonce suivante : « Massage anglais, Demarcy, 23, rue Richer escalier gauche 1^{er} sur entresol » et au journal « Le Froufrou » du 1^{er} juin 1907 l'annonce « Massage anglais et persan, Demarcy, 23 rue Richer es. g. 1^{er} ». Il poursuivait aussi les nommés Boyer, Bachmann et Victor comme complices, les premiers, directeurs du « Froufrou » et de « Fin de siècle », le second gérant de ces journaux. Le jugement, après avoir fait siens les arguments que nous avons exposés, débouta le ministère public en ces termes : « Attendu que si les annonces qui font l'objet de la prévention sont, dans le but poursuivi, contraires aux bonnes mœurs, ainsi que cela résulte de l'information, et des aveux de la plupart des prévenus, elles ne le sont ni dans le texte ni dans la forme, et que par suite elles ne tombent pas sous le coup de la loi actuellement en vigueur ayant pour but de réprimer les outrages aux bonnes mœurs ».

(1) J. O., 22 fév. 1907.

(2) G. Trib., 22 mars 1908.

C'était dire clairement que les textes qui n'étaient pas, par eux-mêmes, obscènes ne rentraient pas dans la notion « contraire aux bonnes mœurs » prévue par la loi.

Cependant le ministère public fit appel. On peut, en effet, à l'appui d'une interprétation extensive de la loi de 98 invoquer des arguments non dénués de valeur.

L'intention du législateur d'abord. En ajoutant au mot obscène seul contenu dans la loi de 1882 les termes « ou contraires aux bonnes mœurs », il est bien évident que la loi a voulu élargir le délit. Déjà sous l'empire de la loi de 1882, les écrits obscènes, immoraux en leur forme pouvaient être punis. Donc, avec le nouveau texte, il faut aller plus loin et atteindre ceux qui, sans être obscènes en la forme sont, par leur but, contraires aux bonnes mœurs. Un simple coup d'œil aux travaux préparatoires suffit d'ailleurs à établir le bien-fondé de cette assertion. Le texte voté par le Sénat en deuxième délibération s'exprimait en effet ainsi : Sera puni, quiconque aura commis le délit d'outrage aux bonnes mœurs... par des annonces ou correspondances publiques d'un caractère licencieux, ou de nature à provoquer à la débauche (1). Il est vrai que ce texte a été modifié à la Chambre, mais voyons dans quelles circonstances. « Nous avons remplacé les mots : licencieux, ou de nature à exciter à la débauche par « contraire aux bonnes mœurs » qui ont paru constituer une formule plus large, plus générale, et en même temps plus juridique. » Ainsi s'exprime le rapport de M. d'Estournelles de Constant. Loin donc de vouloir restreindre la portée du texte voté par le Sénat, la commission de la Chambre avait voulu étendre son domaine d'application.

(1) S. et P. Lois annotées de 1898, s. p. 64, note 15.

Le dépôt d'un projet de loi en 1903 ne pouvait détruire cette argumentation. En fait, il prouvait simplement que la loi de 1898 prêtait à discussion ce qui est d'évidence.

La Cour de Paris accueillit l'appel du ministère public, et, infirmant le jugement, condamna les prévenus. L'arrêt pourtant n'est pas très net. Sans doute, par le fait qu'il condamne, il semble bien incliner vers une interprétation large, mais il ne le dit pas nettement. Au contraire, il souligne « le caractère de provocation licencieuse que la simple lecture du texte révèle à l'esprit public » (1). Par là, il semble donc ranger les annonces attaquées dans la catégorie des écrits obscènes.

D'autres arrêts, en revanche, furent plus explicites. Notamment, une nouvelle décision de la Cour de Paris du 22 juillet 1910. Celle-ci, après avoir constaté que les catalogues dont la mise en vente avait motivé la poursuite, ne contenaient rien d'obscène n'en condamne pas moins : « Considérant que ces derniers catalogues sont incontestablement contraires aux bonnes mœurs comme conseillant l'avortement et l'usage de produits anticonceptionnels, ou d'instruments tendant aux mêmes fins ». Donc, pour la Cour de Paris, il n'y a plus de doute, l'interprétation extensive l'emporte : un écrit est contraire aux bonnes mœurs, même s'il n'est pas obscène, du moment qu'il poursuit un but immoral. L'on peut dire, du reste, que telle était à l'époque l'opinion générale des juridictions inférieures (2).

La question se trouva portée devant la Cour de cassa-

(1) S. 1910.2.69.

(2) Cf. notamment : Civ. Lille, 6 juin 1907. D. P. 1907.2.191 ; Pau, 1^{er} août 1908. D. P. 1909.2.79.

tion, et celle-ci dans quatre arrêts de principe (1), prit nettement position contre la jurisprudence des tribunaux et des Cours d'appel, refusant de considérer comme contraires aux bonnes mœurs les écrits ou imprimés non obscènes. Essayons de discerner les raisons qui l'ont guidée.

Les quatre espèces qui font l'objet des arrêts se trouvent être très voisines. Il s'agissait d'annonces ou d'offres de vente, relatives à des remèdes ou à des instruments anti-conceptionnels. Les arrêts ont décidé que rien de tout cela ne constituait un outrage aux bonnes mœurs, et leur argumentation peut se résumer dans les attendus suivants, extraits de l'arrêt du 14 janvier 1911 : « Attendu... que le caractère juridique du délit lui-même n'a pas été modifié, qu'il s'agit toujours du même délit d'outrages aux bonnes mœurs tel qu'il était prévu par la loi du 2 août 1882, par l'art. 28, loi du 29 juillet 1881, et par la législation antérieure, et dont l'élément essentiel est l'obscénité de l'écrit, du dessin ou de l'objet, les expressions, contraires aux bonnes mœurs, n'ayant pas, au sens de la loi pénale, d'autre signification ».

La Cour de cassation a donc cru nécessaire de réduire au minimum le sens et la portée de l'expression, bonnes mœurs, en droit pénal, et nous croyons qu'à ce point de vue, il faut l'approuver sans réserves.

Nous avons cru observer, au cours de l'étude historique de cette notion, qu'elle n'avait de vie et d'importance qu'autant qu'elle pouvait s'inspirer de quelque notion morale. Or, replaçons-nous en 1910, à l'époque où la

(1) Cass. crim., 19 nov. 1910, 14 janv., 25 mars et 24 nov. 1911. D. 1912.1.497.

chambre criminelle a dû statuer. Quelle base pouvait-on assigner à la notion ? Certainement pas une base religieuse, la vague de laïcisme intégral venait à peine de déferler, et en dehors de cette base, à quoi se référer ? Les systèmes stoïciens ou épicuriens, la morale de Kant ou celle de Nietzsche, n'ont pour nous d'autre valeur que celle de mécanismes plus ou moins bien montés. Ils tiennent insuffisamment compte de la complexité de la nature humaine, et leur application est impossible. Dans ces conditions, il fallait incontestablement réduire la notion pénale des bonnes mœurs à son minimum. Pour être tout à fait logique, il eut fallu la supprimer. Au nom de quoi condamner les pratiques ou les écrits obscènes ?

Comme à chaque période de l'histoire où l'on a voulu la séparer de sa base métaphysique, la notion de bonnes mœurs s'est donc réduite à quelques règles de morale sexuelle que l'on continuait à faire observer plus par routine que par raison.

Il est à peine besoin de souligner combien graves furent les répercussions de la jurisprudence nouvelle, et combien elle favorisait l'éclosion de publications licencieuses. Toute poursuite était désormais impossible contre un texte ne renfermant aucun mot impudique ou grossier.

Cette attitude s'était à peine affirmée que la guerre survint. Au point de vue qui nous occupe, les événements dont la France fut alors le théâtre eurent pour conséquence de développer chez ses habitants une nouvelle mystique : L'amour de la Patrie. Traduit en langage de criminaliste, cela s'appelle le concept de défense sociale. Lorsque la défense, par les armes eut été menée à bien, le concept ne mourut pas. L'on s'aperçut en effet, qu'un nouveau danger menaçait le pays : la dénatalité. Or, cet ennemi n'a pas

d'allié plus fidèle et plus efficace que l'immoralité. La nouvelle mystique et le nouveau concept ne feront désormais que se préciser à mesure que le danger croîtra, et ils vont être à la base d'un mouvement législatif et jurisprudentiel.

La première conséquence pratique fut le vote de la loi du 31 juillet 1920 « loi réprimant la provocation à l'avortement et la propagande anticonceptionnelle » (1). Ce texte était évidemment dirigé contre la jurisprudence de la Chambre criminelle résultant des arrêts de 1910. Le concept qui en est la base ressort nettement des travaux préparatoires. M. Henry Chéron fit valoir en substance que ce qui caractérise le nouveau délit, c'est l'intention coupable « l'intention de s'opposer à la repopulation de la France, ce qui serait un crime après cette guerre ». Cette propagande, disait-il est dirigée contre l'existence même de la patrie.

Ce texte, fort louable dans l'intention qui l'inspire, ne comportait qu'un domaine d'application restreint, mais l'esprit qui l'anime allait bientôt se faire jour dans des hypothèses voisines : la jurisprudence, après le législateur va être touchée par la grâce, et sacrifier à la défense sociale l'interprétation restrictive qu'elle avait adoptée.

Un premier pas dans cette voie fut franchi par la Cour d'appel de Paris le 27 octobre 1926 (2). Le Parquet de la Seine avait obtenu en première instance la condamnation de deux individus coupables de faire paraître « une revue pour l'homosexualité » : ce sont les propres termes de la publication intitulée « Inversions ». Les prévenus firent

(1) Journ. off. du 1^{er} août 1920.

(2) D. 1927.2.93.

appel, plaidant notamment que leur revue ne contenait nulle obscénité en la forme, ce qui était exact. Ils prétendaient donc, invoquant les arrêts antérieurs de la chambre criminelle, n'avoir pas commis le délit d'outrage public à la pudeur. La Cour de Paris ne s'est pourtant pas laissée arrêter par ce rappel d'une jurisprudence précise. Bien au contraire elle la réfute. « Considérant que s'il est exact que le style de la revue incriminée soit correct en la forme, et qu'on n'y relève aucun terme blessant la pudeur, on ne saurait ériger en principe, abstraction faite des éléments mêmes de la cause, que l'outrage aux bonnes mœurs ne peut tomber sous le coup de la loi pénale s'il n'est accompagné d'expressions obscènes ». C'était aller directement à l'encontre des arrêts de la Cour de cassation de 1910 et 1911. En outre, saluant au passage les idées qui l'ont inspiré, l'arrêt précise que les articles incriminés constituent « une atteinte à la morale, et une propagande susceptible de compromettre par ses tendances néomalthusiennes, l'avenir de la race ».

Voilà donc les bases du revirement nettement posées : élargissement de la notion de bonnes mœurs, et cela sous l'influence d'un concept de défense sociale : lutte contre la dénatalité. Dans l'affaire en question, la Cour de cassation, n'eut pas à prendre parti, mais l'occasion va se retrouver quelques mois plus tard, et la Chambre criminelle ne la laissera pas passer. Deux arrêts, l'un du 23 juin, l'autre du 21 juillet 1928 (1) vont tracer à la jurisprudence une voie nouvelle dans laquelle elle est désormais entrée.

« Attendu, dit le premier arrêt, qu'en vertu des dispositions de l'art. 1^{er} de la loi du 2 août 1882, modifiée par

(1) D. 1928.1.161 et la note de M. SAVATIER.

les lois du 16 mars 1898 et du 7 avril 1908, constitue un délit la distribution à domicile d'écrits et imprimés autres que le livre, soit obscènes soit contraires aux bonnes mœurs ». Et le second : « Attendu que le magistrat instructeur... constate dans les motifs de ses ordonnances, que les annonces incriminées ont pour but de fournir au lecteur le moyen de se mettre en rapports avec des individus désireux de se livrer à la prostitution ou de lui faire connaître des adresses de maisons de débauche, et qu'elles sont ainsi, par leur objet comme par leur rédaction, contraires aux bonnes mœurs. Attendu que ces constatations suffisent à caractériser le délit prévu par le texte de loi susvisé ».

Pour saisir toute l'importance de ces affirmations, il faut se rappeler en quels termes non moins catégoriques la Chambre criminelle statuait quelque 20 ans auparavant. « Attendu, disait-elle, qu'il s'agit toujours du même délit d'outrage aux bonnes mœurs, tel qu'il était prévu par la loi du 2 août 1882, par l'art. 28 de la loi du 29 juillet 1881 et par la législation antérieure, et dont l'élément essentiel est l'obscénité de l'écrit, du dessin ou de l'objet, les expressions : contraire aux bonnes mœurs, n'ayant pas au sens de la loi pénale d'autre signification ».

Donc, sans en donner aucune raison, simplement en se plaçant sur le terrain de l'interprétation des textes, la cour pose deux principes antithétiques : une première fois contraire aux bonnes mœurs égale obscène (arrêts de 1910 et 1911) puis, obscène et contraire aux bonnes mœurs sont deux notions distinctes. Pour qui songe à la constance dont fait preuve en général la Cour de cassation, il y a là quelque chose d'anormal, mais tout devient facilement explicable si l'on y voit l'effet du concept nouveau dont nous avons signalé l'apparition.

Une mystique nouvelle étant mise à la base de la conception des bonnes mœurs, il était naturel que celle-ci s'enfle à nouveau, et dépasse largement la simple obscénité dans les termes, à laquelle elle était réduite.

La Cour de cassation, en faisant volte-face, n'a pas indiqué jusqu'où elle comptait aller sur la route où elle s'est engagée. Peut-être d'ailleurs cela n'était-il pas nécessaire, les précédents historiques suffisent à nous fixer : tout dépend de la mystique qui guide les juges. Or nous avons pu saisir le fil conducteur : défense sociale. Il faut conclure que la jurisprudence entend faire de la notion pénale des bonnes mœurs une machine de guerre dirigée contre la dénatalité. Le nouveau critérium d'après lequel il faut désormais juger un écrit pour savoir s'il constitue ou non un outrage aux bonnes mœurs est donc celui-ci : est-il un encouragement à dissocier l'acte sexuel de sa fin, la reproduction ? Nous remarquerons que c'est un retour, en ce qui concerne la morale sexuelle, à la conception qu'imposait autrefois la doctrine chrétienne, mais à ce point de vue seulement (1).

Nous voici donc en possession de quelques précisions nous permettant de déterminer ce que sont les bonnes mœurs, ou tout au moins ce qu'elles ne sont pas. Incontestablement sont contraires aux bonnes mœurs en droit pénal tous les actes qui tendent à perpétrer un des attentat à la pudeur énumérés dans les art. 330 à 340 du Code pénal. Rentre aussi dans la catégorie tout ce qui menace d'aboutir à une diminution de la natalité française. Con-

(1) Aucun arrêt décisif n'est intervenu sur ces questions depuis 1928. Cf. cependant : Bordeaux, 2 août 1935. S. 1936.2.42 ; Paris, 26 février 1936. S. 1936.2.137 ; Cass. crim., 21 oct. 1936. S. 1938.1.118.

cluons que la notion pénale des bonnes mœurs est étroite, qu'elle s'arrête aux confins de la morale sexuelle.

SECTION II. — **Notion civile des bonnes mœurs.**

Jusqu'à la fin de l'ancien régime, avons-nous vu, aucune difficulté ne s'élevait au sujet de la notion civile des bonnes mœurs. Étaient bonnes celles que la morale chrétienne qualifiait ainsi. Mais il y a lieu de penser que depuis 1789 tout a été changé, qu'un nouveau critérium a fait son apparition. Pour le déterminer, il nous faut parcourir la jurisprudence de la matière, et, en présence de chaque catégorie de cas, essayer de déterminer à quelle règle morale les juges se sont référés pour statuer comme ils l'ont fait.

Nous avons l'impression de suivre la réalité de près en rangeant en quatre classes les décisions intervenues en notre matière. D'abord celles qui ont trait à des conventions portant atteinte à certains droits inaliénables. Ensuite celles relatives aux relations sexuelles hors mariage, puis les jugements et arrêts qui statuent sur les conventions contraires à la morale professionnelle. Enfin, les décisions qui se rapportent à des cas d'enrichissement immoral.

1^o Conventions portant atteinte à des droits inaliénables.

On voit d'abord les tribunaux protéger l'intégrité corporelle. Pour citer un exemple suggestif, a été annulée la convention aux termes de laquelle une femme âgée acceptait moyennant rémunération de livrer son corps à des pratiques de vivisection sans utilité pour elle, ces opérations n'étant que des expériences tentées par de prétendus

chirurgiens esthètes (1). « Une telle convention, dit l'arrêt, ne pourrait être admise comme compatible avec la dignité humaine. » Il ne faudrait pas en conclure que la jurisprudence interdit tous les contrats relatifs à la personne physique. Elle fait très nettement le départ entre ce qui est licite et ce qui ne l'est pas. C'est donc qu'au regard des tribunaux la règle morale subsiste qui interdit de disposer de son corps autrement que dans un but louable (2). Le sport est d'ailleurs considéré comme tel (3).

Il ne saurait être non plus toléré que l'homme laisse, dans quelque domaine que ce soit, mettre un obstacle définitif à la libre disposition de ses activités. En ce qui concerne l'exercice d'un culte, cela résulte à contrario de l'argumentation de deux arrêts (4). Ils n'ont maintenu le contrat qui leur était soumis qu'après avoir constaté avec soin qu'il ne portait pas une atteinte réelle à la liberté de conscience. De même une convention ne saurait imposer ou interdire à quelqu'un de manière définitive le choix ou l'exercice d'une profession. Pour cette raison sont annulés les contrats de travail à vie (5).

C'est dans un esprit analogue que la jurisprudence considère les clauses restrictives de la liberté du commerce ou de l'industrie. La question est trop connue pour que nous y insistions. Soulignons seulement que l'on rencontre ici encore le souci des tribunaux d'empêcher l'immixtion

(1) Lyon, 27 juin 1913. G. P. 1913.2.506 et D. 1914.2.73, note LALOU.

(2) Cf. JOSSEERAND, D. H. 1931, chron., p. 1 ; A. JACK, *Les Conv. relat. à la pers. phys.*, R. C., 1933, p. 362.

(3) Douai, 3 déc. 1912. S. 1914.2.217, note ROUX.

(4) Toulouse, 14 fév. 1895. S. 95.2.94 ; Dijon G. Trib. 1910.2.298.

(5) Cass. civ., 28 juin 1887. D. 1888.1.296 ; Lyon, 19 déc. 1867. D. 69.2.30.

indue d'une personne dans la vie privée d'une autre (1). C'est encore cette préoccupation qui se fait jour dans un arrêt ancien de la Cour de Grenoble (2). Une personne avait fait à son neveu un legs auquel il ne devait avoir droit qu'à la condition d'embrasser l'état ecclésiastique. La Cour a réputé la condition non écrite, la jugeant contraire à la liberté.

Allant plus loin encore, et toujours dans la même voie, on rencontre l'annulation de contrats qui enlèveraient à une personne de façon définitive le libre choix de sa résidence (3), alors qu'au contraire une obligation temporaire et justifiée d'habiter ou non un lieu donné est reconnue valable (4).

Pour compléter la liste des droits mis par la jurisprudence hors de l'atteinte des contrats, il reste à envisager le droit au mariage. Deux règles sont ici établies, relatives au consentement des ascendants. Le consentement des parents, lorsqu'il est requis, doit être librement donné. Le subordonner à la prestation d'une promesse d'argent, c'est commettre une action contraire à la morale (5). En outre, un tiers ne peut, par contrat, subordonner le mariage d'un individu au consentement d'autres personnes que celles désignées par la loi (6). Enfin les tribunaux ont eu maintes fois à statuer sur la question suivante : l'obligation imposée

(1) Paris, 12 janvier 1898. D. 98.2.350 ; Civ. 14 mars 1904. D. 1904.1.613 ; Req. 17 mai 1911. D. 1913.1.342. S. 1913.1.253 ; Civ. 15 juin 1922. D. 1925.1.213 ; Cass. civ., 6 déc. 1933. D. H. 1934.19.

(2) Grenoble, 11 août 1847. D. 48.2.113.

(3) Paris, 23 juin 1892. D. 92.2.379.

(4) Dijon, 5 avr. 1872. D. 74.5.130 ; Alger, 11 janv. 1876. D. 77.2.124 ; Req. S. 1877.1.350 ; Req. 17 mars 1925. D. 1928.1.176.

(5) Trib. Paix. Rive de Gier, 9 avr. 1898. Mon Jug. Paix, 1898, p. 410

(6) Douai, 22 juillet 1907. D. 1907.2.344.

à une personne, comme condition d'un legs ou d'une donation, de ne pas se marier ou de ne pas se remarier est-elle valable ou est-elle nulle comme immorale ? Aujourd'hui la solution est la même dans l'un et l'autre cas, mais il n'en a pas toujours été ainsi. Pothier nous apprend qu'à la fin de l'ancien droit on distinguait nettement les deux hypothèses. « La condition de ne pas se marier absolument est au nombre de celles qui sont regardées comme non écrites étant contraires à l'intérêt public. Mais celle de ne pas se marier à telle ou telle personne est valable. Celle de ne pas se remarier est aussi valable suivant la Nouvelle 22. chap. 44 que nous suivons » (1). Deux arrêts, l'un du 20 janv. 1806 et l'autre du 20 oct. 1807 (2) ont décidé que la loi de 1791 prohibant la condition de ne pas se marier, autorisait au contraire la clause de viduité. En ce qui concerne cette dernière, la jurisprudence s'est maintenue. De nombreux arrêts décident qu'elle n'est pas immorale en elle-même, et qu'il ne suffit pas de circonstances extrinsèques pour la rendre telle, circonstances qui consisteraient, par exemple, dans la jeunesse de la veuve à qui elle est imposée. Pour que la clause soit réputée non écrite, il faut prouver qu'elle a été inspirée au testateur par des motifs répréhensibles tels que la jalousie ou un simple caprice (3).

Le point de départ fut différent pour la clause défendant de se marier. Celle-ci, condamnée nettement par la loi des

(1) Coutume d'Orléans, introduction titre XVI, n° 64.

(2) Dalloz, Répertoire de législation et de jurisprudence, v° Disp. entre vifs et testamentaires n° 147 note 3 et 149 note 2.

(3) Voy. notam. Req. 8 janvier 1849. D. 49.1.16 ; 18 mars 1867. D. 67.1.332 ; Civ. 22 décembre 1896. D. 98.1.537 et les conclusions de l'avocat général DESJARDINS ; Req. 18 mars 1867 ; D. 67.1.332 ; Req. 8 avr. 1913. D. 1915.1.29 ; Montpellier, 14 juillet 1858. D. 59.2.107 ; Colmar, 5 janv. 1932. G. P. 1932.1.684.

5-12 septembre 1791, continua à l'être par la jurisprudence sous le C. civ. (1). Dès 1862, un revirement se produit, et l'on voit la Cour de Paris (2) s'appuyant sur le fait que la clause était inspirée par l'intérêt du légataire, la valider. L'assimilation était donc faite entre les deux sortes de dispositions (clause de viduité, interdiction du mariage). Elle a été maintenue par un arrêt de la Chambre des Requêtes (3). La jurisprudence est désormais fixée en ce sens. Au contraire, elle a tendance à considérer comme immorale, la condition mise à un don ou legs de ne pas épouser telle personne déterminée (4).

Telle est, dans ses grandes lignes, la jurisprudence relative à ce que nous avons appelé les conventions portant atteinte à des droits inaliénables. Lorsqu'on y jette un regard d'ensemble, il est impossible de ne pas constater que tout se passe comme si les juges faisaient ici l'application de règles que l'on pourrait ainsi formuler : Il est interdit de disposer de son corps autrement que dans un but louable. Il est interdit d'imposer à un autre et de se laisser imposer à soi-même une limitation arbitraire de ses activités. Il est interdit, dans toute décision relative au mariage, de faire intervenir d'autres considérations que le plus grand bien des futurs époux.

(1) Cour de Bastia, 2 juin 1928. Dalloz Répert. législ. et jurispr. v^o disp. entre vifs et testamentaires, n^o 137, note 1.

(2) Paris, 1^{er} avril 1862. D. 62.2.77.

(3) Req. 11 nov. 1912. D. 1913.1.105. Note Ripert. S. 1914.1.185. Note NAQUET.

(4) Civ. Bourg., 27 juin 1929. La loi, 4 sept. 1929.

*2^o Conventions relatives aux relations sexuelles
hors mariage.*

On en rencontre dans les recueils d'arrêts de multiples exemples. Pour en avoir une vue plus nette, nous avons cru pouvoir les ranger en deux catégories : contrats qui se rapportent au concubinage, contrats qui ont trait aux maisons de tolérance.

Dans la première catégorie elle-même une distinction s'impose, et nous étudierons séparément les arrêts qui statuent sur des dons faits entre concubins et ceux qui ont rapport à tous les autres contrats relatifs au concubinage.

De nombreux arrêts appellent que l'ancienne incapacité de disposer et de recevoir, entre concubins, autrefois établie strictement par l'ancien droit, n'existe plus aujourd'hui. Cela ne signifie nullement d'ailleurs que tous les dons de ce genre seront désormais validés. On en rencontre dans la pratique trois sortes : Ceux qui valent comme paiement d'une obligation naturelle, les dons désintéressés, enfin la catégorie beaucoup plus nombreuse de ceux que les tribunaux annulent y voyant un *pretium stupri*.

Nous laisserons de côté les cas où la jurisprudence reconnaît à la charge de l'amant une obligation civile. Celle-ci suppose, en effet, non seulement un dommage matériel ou moral, mais une faute liée à ce dommage par une relation de cause à effet. Or, en l'absence de texte, les relations sexuelles hors mariage ne sauraient être constitutives d'un quasi-délit civil. Il faut donc, pour trouver des applications de cette hypothèse, s'en rapporter aux cas de séduction dolosive. Ils ne présentent pas d'intérêt

pour notre sujet et rentrent dans les règles de la responsabilité.

Mais ces cas sont exceptionnels, la grande majorité des relations entre amant et maîtresse ont pour prélude des manœuvres qui n'ont rien de dolosif, aussi la justice, tant qu'elles en sont à cette première phase, n'a-t-elle pas à s'y insinuer. Mais lorsque la passion atteint son faite, elle revêt parfois un aspect pécuniaire : le plus souvent l'amant, quelquefois la maîtresse, non content de faire don de tout son être, y joint des avantages non moins appréciables : billets de banque, valeurs mobilières, immeubles. Puis survient la dernière phase, l'amour s'efface, les dons de toute sorte sont bientôt regrettés : le donateur lui-même, ou parfois ses descendants viennent alors demander à la justice le droit de récupérer ce qui peut être sauvé. Les juges, avons-nous dit, varient les solutions suivant les hypothèses.

Il semble que de plus en plus souvent, la jurisprudence reconnaisse à la charge de l'amant un devoir de conscience, devoir qui l'oblige à réparer dans la mesure du possible, l'atteinte à l'honneur ou parfois le préjudice pécuniaire qu'a subi la maîtresse du fait de sa liaison. Cela lui permet de valider de nombreuses dispositions entre vifs ou testamentaires (1).

Mais quelques arrêts vont encore plus loin. Pour eux l'obligation morale à la charge de l'amant ne consiste pas seulement à réparer le dommage qui a pu être causé, mais

(1) Montpellier, 23 mars 1925. G. P. 1925.2.49 ; Amiens, 10 avril 1933. G. P. 1933.II.126 ; Bordeaux, 28 avril 1909. G. P. 1909.2.83 ; Paris, 8 juillet 1926. S. 1926.2.91 ; Alger, 24 déc. 1895. D. 97.2.453 ; Civ., 18 nov. 1913. D. 1917.1.165. S. 1914.1.253 ; Cass. Req., 4 mars 1914. D. 1916.1.27 ; Req. 8 juin 1926. D. 1927.1.113. Note SAVATIER.

aussi à assurer l'avenir de la concubine et parfois un avenir assez somptueux (1). Un arrêt va jusqu'à dire qu'il y a obligation naturelle à faire à la concubine une donation qui lui permette de continuer les habitudes de vie facile qu'elle avait prises au cours de sa liaison (2).

Mais, soit que l'amant n'ait causé à sa maîtresse aucun dommage, soit qu'il ait déjà été réparé, il se peut qu'aucun devoir moral ne lui incombe. Fait-il néanmoins une donation, si elle n'a pas pour cause les relations immorales, elle sera maintenue comme constituant un don désintéressé qui n'est prohibé par aucun texte de loi (3).

Reste l'hypothèse la plus courante. L'ancien amant, ou ses descendants, venant demander l'annulation du don ou du legs qui a été consenti à la concubine, allèguent qu'il n'a été fait que pour inciter l'intéressée à commencer ou à continuer ses relations immorales. L'attitude de la jurisprudence a quelque peu varié à ce sujet, et, malgré de nombreux arrêts de la Cour de cassation intervenus, il n'est pas sûr qu'elle soit définitivement fixée.

Jusqu'à la fin du xix^e siècle, alors que la théorie de la cause semblait bien établie dans le sens suivant : La cause, dans les actes onéreux, c'est l'équivalent juridique, la cause dans les libéralités, c'est l'intention libérale, les juges ne pensaient pas pouvoir annuler directement les

(1) Civ., 20 juillet 1936. D. H. 1936, p. 441 ; Paris. D. H., 1934, p. 169 ; Paris, 10 déc. 1934. D. 1935.2.1 ; Montpellier, 23 mars 1925. G. P. 1925.2.249 ; Civ. Seine, 2 janvier 1931. G. P. 1931.1.297 ; Civ. Seine, 21 nov. 1893. G. P. 93.2.604 ; Paris, 23 juillet 1914. D. 1918.2.51 ; Lyon, 3 mars 1916 ; *ibid.*, Rennes, 7 mars 1904. Ref. *infra*.

(2) Civ. Seine, 11 mars 1927. D. H. 1927, p. 262 ; 14 fév. 1912. Droit 10 mai 1912 ; Civ. Seine. G. P. 1931.1.127 ; Req. 8 juin 1926. D. 1927.1.113. Note SAVATIER.

(3) Civ., 11 mars 1918. D. 1918.1.100 ; Colmar, 18 oct. 1929. D. 1931, 294.

dons ou legs faits en vue des relations honteuses. Mais ils eurent recours à un stratagème. Mis en présence d'une libéralité qui était évidemment un *pretium stupri*, les juges raisonnaient ainsi : Ce n'est pas en réalité, une donation véritable, dans les préoccupations de l'auteur de l'acte, ce n'est pas l'intention de donner qui a été décisive, mais l'intention d'obtenir, en contre partie de son acte, les faveurs de la concubine. Du moment qu'un équivalent était recherché, ce n'est plus une donation, c'est un acte à titre onéreux. Or, ceux-ci sont nuls s'ils ont une cause, c'est-à-dire une contrepartie, immorale. C'était bien le cas puisque la contrepartie c'étaient les relations irrégulières. La prétendue libéralité pouvait donc être annulée (1).

Ce détour va perdre de son utilité lorsque la notion de cause impulsive et déterminante va faire son apparition. En notre matière, les bases du revirement nous paraissent avoir été posées par un arrêt de la Chambre civile du 2 janvier 1907 (2). « Par application de l'art. 1131, y-est-il dit, les dispositions à titre gratuit sont nulles comme les dispositions à titre onéreux quand elles reposent sur une cause illicite ». C'est donc que la notion de cause a changé, car comment l'intention libérale, en elle-même, pourrait-elle être illicite ?

Aujourd'hui, en tous cas, la jurisprudence s'oriente de plus en plus dans le sens de l'arrêt de 1907, bien que l'on rencontre encore des arrêts divergents fidèles à l'ancien système. Ils posent nettement que quelque immoral que

(1) Agen, 7 juillet 1886. G. P. 86.2.204 ; Riom, 28 juillet 1887. G. P. 87.2.338 ; Req. 4 janv. 1897. G. P. 97.1.127 ; Cass. Req. 11 août 1846, sous Riom au D 1846.2.179 ; Cass. Req. 2 fév. 1853. S. 53.1.428 ; Besançon, 19 mars 1862. D. 62.2.58.

(2) D. 1907.1.139.

soient les motifs de la donation, celle-ci ne saurait être annulée, si elle n'apparaît pas comme un véritable marché honteux (1).

Dans l'ensemble pourtant, on peut dire qu'il ressort des arrêts la règle suivante : les dons entre concubins, en principe sont valables, mais ils doivent être annulés s'ils reposent sur une cause immorale (c'est-à-dire des motifs immoraux), et elle sera jugée telle si la donation vise à la formation, la continuation, ou la reprise de rapports irréguliers, ou à leur rémunération (2).

Cette nouvelle attitude permet aux tribunaux une sanction plus souple, mieux adaptée aux circonstances, et qui atteint tous les actes à titre gratuit, alors qu'autrefois la jurisprudence hésitait à qualifier de marché des donations en la forme, des legs ou des assurances sur la vie.

Les dispositions à titre gratuit ne sont pas les seuls contrats relatifs au concubinage sur lesquels la jurisprudence ait à statuer. Des prêts, des cautionnements lui sont également soumis, et aussi quelques autres contrats onéreux qui ne nous ont paru susceptibles d'aucun classement, tant ils sont disparates, mais où la qualité d'ainant ou de maîtresse de l'une des parties joue un rôle prépondérant.

Le prêt est un contrat réel, la cause de l'obligation de l'emprunteur est la numération des deniers. Ici encore,

(1) Cf. Colmar, 18 oct. 1929. D. 1931.2.94.

(2) Lyon, 30 mars 1916. D. 1918.2.51 ; Cass. civ., 29 juin 1916. G. P. 17-18 oct. ; Cass. civ., 11 mars 1918. D. 1918.1.100 ; Cass. Req. 8 juillet 1925. S. 1927.1.294, 8 juin 1926. D. 1927.1.113, note SAVATIER ; Req. 4 mars 1914. D. 1916.1.27. S. 1914.1.430 ; Nancy, 8 déc. 1925. G. Trib., 4 avril 1926 ; Bordeaux, 14 fév. 1912. Droit, 10 mai 1912 ; Cass. Req., G. P. 1926.2.517 ; Paris, G. Trib., 22 mai 1926 ; Cass. Req., 28 octobre 1931. G. P. 1931.2.933 ; Rabat, Recueil Rabat, 1930.429. D. H. Somm., 1930.2. ; Cass. civ., 11 avr. 1932. D. 1932.1.169 (1^{re} espèce), note SAVATIER ; Cass. Req. S. 1936.1.348.

pourtant, les investigations de la jurisprudence vont plus loin. Les intentions des parties sont scrutées, et le prêt est annulé comme reposant sur une cause immorale si les deux conditions suivantes se trouvent réunies :

Il faut que le prêteur ait agi en vue de faciliter les relations illicites, il faut en outre que le prêteur ait connu la destination immorale de ses deniers. C'est en somme, la commune intention des parties qui, aux yeux de la jurisprudence, doit être considérée comme étant la cause (1).

En ce qui concerne le cautionnement par lequel l'un des concubins s'engage à régler les dettes de l'autre, il est difficile de dire au juste quel est l'état de la jurisprudence, car les arrêts sont peu nombreux. Au début du xx^e siècle, s'appliquait nettement en cette matière la notion de cause équivalent économique. Un jugement du tribunal civil de la Seine (2) est ainsi motivé : « attendu que vainement il excipe de la nullité de cet engagement dont la cause serait illicite. Attendu, en effet que B s'est obligé dans l'intérêt de la demoiselle V pour un motif illicite, la cause de son obligation contractée au profit des demandereses est la livraison par celles-ci des vêtements fournis, que cette cause est licite... »

Puis, on voit un arrêt de la même époque recourir lui aussi à la notion de marché afin de pouvoir annuler le cautionnement (3). L'arrêt cité de Nancy, s'efforce d'établir que le cautionnement dans l'espèce, n'a pas été qu'un acte

(1) Civ. Seine, 9 mars 1905. G. T., 2 oct. 1905 ; Cass., 17 avr. 1923. G. T., 22 juill. 1923.

(2) Civ. Seine, 11 déc. 1899. Loi 27 avr. 1900. Dans le même sens : Seine, 20 mars 1900. Droit 13 juin 1900 ; Paris, 10 janv. 1905. D. 1905. 2.158.

(3) Nancy, D. 1905.2.158, 2^e espèce.

isolé, mais un élément d'un contrat synallagmatique dont l'autre était la promesse de continuer les relations illicites. Cet élément étant immoral, le contrat doit tomber en entier.

Etant donnée, l'évolution de la jurisprudence dans les matières voisines, et l'élargissement de la notion de cause, on peut supposer que si la question venait à être posée devant la Cour de cassation, elle la trancherait désormais en ce sens : le cautionnement est à considérer comme immoral et donc nul si, dans le but commun des parties (celle qui le donne et celle qui le reçoit), l'engagement a été passé en vue de la formation, la continuation ou la reprise des rapports immoraux, ou de leur rémunération (1).

Pour en terminer avec les contrats relatifs au concubinage, il nous faut en examiner quelques-uns qui ne rentrent dans aucune des catégories précédentes. Signalons, en passant, qu'un arrêt très net de la chambre criminelle (2) a récemment fixé une jurisprudence jusqu'alors hésitante en décidant que la concubine ne pourra réclamer aucun dommage-intérêt au responsable de l'accident survenu à son amant. Mais cette décision a été obtenue par la simple application des principes de la responsabilité. Elle ne relève pas de la matière des contrats immoraux.

Plus intéressant pour nous est un arrêt de la Ch. Civile (3) qui déclare valable une clause de règlement d'atelier, privant de certaines prestations en nature les ouvriers vivant

(1) En ce sens, Riom Rec. Riom, 1905-1906, p. 286 et aussi Douai Rec. Douai, 1931, 85 ; Cass. 17 avr. 1923. G. T., 22 juill. 1923.

(2) Cass. crim., 13 fév. 1937. S. 1937.1.153.

(3) Civ. 18 nov. 1913. D. 1917.1.161.

en état de concubinage. Le jugement du conseil des prud'hommes avait déclaré cette clause : contraire « aux principes les plus sacrés de la liberté individuelle » et nécessitant « des incursions intolérables dans la vie privée des ouvriers ». La Cour de Cassation se contente de déclarer que la clause litigieuse « n'a rien de contraire à l'ordre public » (Nous aurons l'occasion de souligner ailleurs que les arrêts confondent souvent ordre public et bonnes mœurs).

Doit être également considéré comme immoral, le contrat par lequel un individu s'engage à verser à son ancienne maîtresse une somme d'argent afin d'obtenir « le silence, la paix et la liberté qui lui devenaient indispensables à la suite de la rupture que les circonstances lui imposaient » (1).

Est aussi un pacte immoral, il n'est guère besoin de le souligner, celui par lequel un individu autoriserait sa femme à s'abandonner à un tiers, et même à cohabiter avec lui sous promesse d'avantages testamentaires (2).

Doivent être, au contraire validés les billets souscrits par un individu surpris seul la nuit avec la femme du bénéficiaire, et en tant qu'ils représentent la réparation de l'outrage subi par le mari. Mais il faut que le consentement ait été donné sans violence (3).

Par contre, la Cour d'appel de Bordeaux, et à sa suite la chambre des Requêtes (4) ont décidé que l'acte authentique par lequel un individu, après avoir été attiré chez une femme mariée par des manœuvres concertées entre elle et

(1) Cour d'Aix, 25 janvier 1883. D. 83.2.237.

(2) Req. 4 mars 1914. D. 1916.1.27.

(3) Caen, 9 avril 1853. D. 54.2.189.

(4) Bordeaux, 14 août 1876 et Req. 15 juil. 1878. D. 79.1.27.

son mari, et, sous l'empire de violences exercées sur sa personne, disposait de ses biens au profit des deux conjoints, ne peut valoir comme donation entre vifs, et est également nul en tant que contrat onéreux, comme ne reposant pas sur une cause licite. Attendu, dit la Cour d'appel, « qu'il serait contraire à la morale et à l'ordre public de sanctionner un engagement obtenu par ces moyens honteux ».

De ces multiples décisions, au premier abord un peu contradictoires, on peut encore conclure que tout se passe comme si les tribunaux se laissaient guider dans leurs décisions par une morale : celle qui prohibe l'œuvre de chair hors mariage. N'annulent-ils pas, en effet, toutes les conventions qui tendent à favoriser le concubinage, tandis qu'ils valident celles qui ont pour objet d'y mettre fin ? Qu'il s'agisse d'une donation ou d'un prêt, d'un cautionnement, l'attitude est la même. Sans doute, on peut, avec M. Savatier (1) regretter que les tribunaux reconnaissent trop facilement l'existence d'une obligation naturelle au profit de la concubine, elle ne mérite pas en réalité, une telle faveur, il n'est pas juste que, refusant de se soumettre au lien du mariage, elle bénéficie cependant par le détour de l'obligation naturelle d'un des avantages qu'il lui procurerait : la sécurité matérielle. Il suffit de lire les arrêts pour se rendre compte que s'ils décident ainsi, ce n'est pas pour tenter l'impossible assimilation entre l'union libre et le mariage, mais parce qu'ils veulent faciliter la cessation de l'union irrégulière. Les concubins sont sur le point de se quitter, l'un d'eux fait à l'autre un don qui lui permettra d'envisager l'avenir avec plus de sérénité, la juris-

(1) Cf. note au D. 1927.1.113.

prudence se montre alors indulgente. Il n'y a là rien de foncièrement contraire à la règle morale que nous venons d'énoncer.

Des solutions orientées dans le même sens vont nous apparaître en étudiant maintenant les arrêts relatifs aux maisons de tolérance. Afin de découvrir quels sont les principes qui guident la jurisprudence en la matière, nous envisagerons d'abord quels sont à ce sujet les contrats qui sont annulés, puis quels sont ceux, au contraire, qui sont reconnus valables.

a) CONTRATS RELATIFS AUX MAISONS DE TOLÉRANCE. QUI SONT ANNULÉS. — De très nombreux arrêts décident que la cession des fonds de commerce de ce genre est nulle comme reposant sur une cause immorale, que ce soient d'ailleurs des maisons closes véritables ou de simples hôtels meublés servant de lieu de rendez-vous. Certains arrêts déclarent même les conventions de ce genre inexistantes (1). Cela entraîne évidemment la nullité des billets souscrits en paiement (2), sous réserve toutefois de l'application de la règle « *Nemo auditur* » dont nous nous réservons de traiter par la suite.

Il en va de même du bail par lequel un immeuble est loué en vue d'y établir une de ces industries (3). Ici encore

(1) Civ. 15 déc. 1873. D. 74.1.222. S. 74.1.241, note DUBOIS ; Cass. Req. 1^{er} avril 1896. S. 96.1.289, note APPERT ; Cass. Req. 17 juill. 1905. D. 1906.1.72. S. 1909.1.88 ; Lyon, 11 juil. 1862. S. 63.2.165 ; Caen, 29 juil. 1874. D. 75.2.127. S. 75.2.298 ; Rouen, 30 nov. 1893. S. 94.2.75. G. P. 98.2.499. Civ. Seine, 25 Nov. 1936. G. P. 1936.1.268. G. P. 1912.2.136. G. P. 1930.1.600 ; Lyon, 2 nov. 1936. G. P. 1938.1.399. S. 1937.2.96.

(2) G. Trib., 12 oct. 1892 ; Req. 17 juillet 1905. D. 1906.1.72.

(3) Paris, 11 nov. 1839. S. 1840.2.121 ; Lyon, 11 juill. 1862. S. 63.2.165 ; Alger, 11 nov. 1893. D. 94.2.528. S. 94.2.211, 9 mai 1894. D. 95, 2.21. S. 94.2.302 ; Paris, 26 déc. 1899. G. P. 1900.1.132 ; Aix, 28 fév

on trouve des arrêts qui déclarent le contrat inexistant (1), sans d'ailleurs préciser en quoi cette qualification leur paraît préférable à celle d'absolument nulle. En tous cas, les arrêts déduisent de cette nullité que le locataire est un occupant sans titre qui peut être expulsé à tout moment par le propriétaire, à condition toutefois que ce dernier ne s'appuie pour atteindre ce résultat que sur son droit de propriétaire de l'immeuble, droit qui n'est, en lui-même, ni moral ni immoral. Un récent arrêt de la chambre des requêtes (2) a pourtant rompu cette tradition. Il repousse la demande d'expulsion formée par le propriétaire en se fondant sur deux raisons : les demandeurs agissent, dit l'arrêt, non dans un but de moralité, mais dans un but de lucre, et invoquent leur propre turpitude. Solution qui fait ressortir des préoccupations morales très poussées, mais à qui l'on pourrait peut-être reprocher de n'être pas très juridique. Lorsqu'un individu, pour revendiquer un immeuble invoque son titre de propriété, que l'occupant ne peut lui opposer qu'un bail juridiquement inexistant, on ne voit pas très bien en vertu de quel texte ni de quel principe les juges l'autorisent néanmoins à demeurer en jouissance des lieux. On pourrait songer à recourir à la notion d'abus du droit, mais il faudrait établir alors que les demandeurs agissent dans l'intention de nuire, l'arrêt que nous indiquons dit formellement, au contraire, qu'ils étaient poussés par un désir de lucre.

1923. G. P. 1923.1.759 ; Paris, 22 mars 1923. D. 1923.2.118, 18 mars 1927. G. P. 1927.1.756 ; Marseille, 25 nov. 1925. G. P. 24 déc. 1925 ; Caen, 29 juill. 1874. S. 75.2.298 ; Lyon, 11 juill. 1862. S. 62.2.165 ; Caen S. 75.2.278.

(1) Notam. C. E. Journ. la loi, 18 mars 1921.

(2) Req. 23 mars 1931. G. P. 1931.1.676.

Notons enfin que les arrêts prennent en général soin de remarquer que la destination des locaux était connue de l'une comme de l'autre des parties, de sorte que la cause contraire aux bonnes mœurs qu'ils invoquent se trouve être le but commun poursuivi. A contrario, cela permet de supposer que si la destination était restée ignorée du bailleur, le bail serait valable, ou tout au moins la nullité ne pourrait pas lui être opposée. A vrai dire, ce cas est sans doute chimérique, car peut-on imaginer un propriétaire ignorant à ce point le genre d'individu avec lequel il traite, et l'utilisation qu'on se propose de faire de son immeuble ?

Mais il est un contrat voisin dans lequel cette ignorance devient vraisemblable. C'est celui du prêt. Les arrêts annulent encore les prêts consentis pour l'installation ou l'exploitation des maisons closes, mais à la condition que les parties aient eu toutes deux en vue cette destination des deniers (1) ou même simplement que la destination ait été connue du prêteur (2). Nous verrons qu'au contraire les prêts faits à l'occasion du jeu ne sont pas nuls si le prêteur a simplement connu le sort qui était réservé aux sommes prêtées ; il faut aussi qu'il ait eu un intérêt quelconque au jeu en vue duquel il prêtait.

Peut-être pourrait-on expliquer d'une manière analogue les décisions au premier abord contradictoires qui ont trait aux fournitures de marchandises ou de services faites aux tenanciers de maisons de débauche. Nous les avons rangées dans la catégorie de celles annulant les contrats, mais en réalité, la jurisprudence semble divisée. En regardant de

(1) Toulouse, 11 janvier 1926. S. 1926.2.21 ; Req. 17 avril 1895. S. 96.1.289, note de M. APPERT.

(2) Paris, 14 août 1881. S. 81.2.51.

près, on pourrait peut-être dire que le contrat de fourniture est nul quand les deux parties ont certainement connu, et en quelque sorte approuvé l'utilisation des marchandises ou des services qu'ils fournissaient; tandis qu'il est, au contraire, valable quand le vendeur n'a pas eu du tout en vue le fonctionnement de la maison de tolérance.

C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Toulouse (1) dit que « L'obligation qui a pour cause l'embellissement d'une maison de tolérance et à laquelle chacune des parties a pris part est contraire aux bonnes mœurs et ne peut produire aucun effet ». De même, il ressort d'un jugement du tribunal de commerce de Marseille (2) que la vente faite en connaissance de cause au tenancier d'une maison de tolérance, de fournitures de luxe (dans l'espèce du champagne et des apéritifs) destinées à être consommées dans l'établissement a un caractère illicite, comme contraire aux bonnes mœurs.

On pourrait encore expliquer par là l'arrêt de la Chambre des Requêtes (3) qui annule comme reposant sur une cause immorale les créances basées sur des services de domesticité fournis à une maison de débauche. Les domestiques contribuent, en effet, au fonctionnement de l'exploitation (4).

Au contraire un arrêt a validé le contrat de fourniture de devis par un architecte, à propos d'une maison de tolérance (5). Sans doute les motifs de l'arrêt sont puisés dans

(1) Toulouse, 11 janvier 1926. S. 1926.2.21.

(2) Comm. Marseille, 7 nov. 1913. G. P. 24 fév. 1914 et S. 1914. Bulletin des sommaires, 2^e partie, p. 18.

(3) Req. 11 nov. 1890. D. 91.1.484.

(4) Voir un arrêt s'inspirant des mêmes principes; Comm. Seine, 1^{er} mai 1888. G. P. 88.1.797.

(5) Civ. Seine, 16 juin 1928. D. 1928.1.187; Com. Seine, 8 nov. 1904. G. P. 1905.1.122.

la théorie de la cause équivalent économique, mais il semble bien que les véritables raisons qui ont guidé le juge, c'est que les travaux de l'architecte ont plutôt eu pour effet l'utilité du bâtiment en tant que tel, que la prospérité du fonds de commerce honteux. On peut en dire autant de l'installation ou la réparation de lumière électrique (1) ou d'un travail de peinture (2). Enfin un arrêt récent qui valide le contrat de vente d'un piano électrique à une maison close (3) nous semble confirmer notre hypothèse, car il précise « que ce n'était pas l'exploitation de la maison de tolérance mais l'acquisition du piano qui constituait la véritable et seule cause de l'engagement ». Le tribunal précise ainsi qu'on ne saurait, en l'espèce, faire entrer en compte les motifs qui ont poussé l'acquéreur à contracter. Celui-ci a sans doute agi en vue de la bonne marche de son commerce, mais on ne saurait retenir cette intention car le vendeur ne l'a pas partagée. Il a cherché simplement à vendre sa marchandise sans se préoccuper nullement de l'usage qu'on en ferait (4). Nous allons retrouver une idée analogue à la base de presque toutes les décisions qui valident les contrats relatifs aux maisons closes.

b) CONTRATS RELATIFS AUX MAISONS DE TOLÉRANCE, QUI SONT VALIDÉS. — Un important contrat est toujours valable, même s'il s'applique aux maisons de débauche : c'est l'assurance. Voyons sur quels motifs repose cette décision.

(1) Com. Seine, 8 nov. 1904. G. P. 1905.1.122.

(2) Rouen. Recueil Rouen et Caen, 1930.1.25.

(3) Com. Seine, 3 déc. 1935. G. P. 1936.1.328.

(4) Voir des arrêts dans le même sens de Poitiers, 8 fév. 1922. D. 1922. 2.39, note SAVATIER ; Comm. Seine, 22 juin 1888. G. P. 88.2.294 ; Comm. Saint-Etienne, 20 avril 1899. G. P. 99.1.604 ; Justice de paix de Boulogne-sur-mer, 31 janv. 1913. G. Trib., 19 mars 1913 ; Comm. Seine, 8 nov. 1904. G. P. 1905.1.122.

Aux dires de la Cour d'appel d'Amiens (1), « il n'y a aucune immoralité à assurer une maison, encore que cette maison soit louée dans un but de lucre reposant sur l'immoralité commune du propriétaire et du locataire — comme c'est l'espèce — et ce pour la raison que l'assurance n'a aucunement pour but, sinon pour résultat, de faciliter la débauche de près ou de loin ». Pourvoi en cassation fut formé contre cette décision, mais la Chambre des requêtes (2) s'est prononcée dans le même sens que la Cour d'appel, « attendu que ces prestations étaient licites en elles-mêmes, qu'elles ne différaient en rien des prestations stipulées dans tous les contrats de cette nature, et qu'elles n'ont pu devenir illicites par cela seul que les risques assurés dépendaient d'une maison de tolérance, qu'elles ne sauraient être considérées comme ayant eu en vue la création, le maintien ou l'exploitation d'un établissement de cette nature, qu'elles n'impliquent, par suite, aucune immoralité susceptible d'entraîner l'annulation de la convention... » Une fois encore les juges se sont demandés : le contrat qui nous est soumis facilite-t-il la débauche ? et ayant estimé que tel n'était pas son but, ils l'ont validé.

Sont encore valables les contrats de vente de l'immeuble en tant que tel (3). Peut-être d'ailleurs ne faudrait-il pas les ranger dans la catégorie des conventions relatives aux maisons closes, car si la jurisprudence en reconnaît la validité, c'est en soulignant qu'ils n'ont, en fait, rien à voir avec le commerce en question. C'est en tant que vente immobilière qu'elle les sanctionne, et en tant que cette

(1) Amiens, 1^{er} juill. 1901. G. P. 1901.2.644.

(2) Req. 4 mai 1903. G. P., 1903.2.394.

(3) Paris, 12 déc. 1889. D. 90.2.189.

vente reste bien distincte de l'industrie installée dans le bâtiment.

Tous ces arrêts, en somme, se résument bien par l'expression de la Chambre des requêtes : seront nuls tous les contrats qui auront été passés en vue de la création, du maintien ou de l'exploitation d'une maison de débauche. Les autres seront valables.

Il faut signaler pourtant une dissidence récente : Un arrêt du tribunal civil de la Seine (1) a annulé la saisie-arrêt pratiquée sur le prix d'une maison de tolérance pour les motifs suivants : « Attendu que la convention passée entre la demoiselle C et les époux P ayant un objet contraire aux bonnes mœurs, est inexistante au p. d. v. juridique, et ne peut être la source d'aucune obligation, et que toute personne, même les parties à cet acte, peuvent se prévaloir de cette inexistence. »

Les circonstances de l'espèce étaient les suivantes : Une personne devient créancière d'une autre qui dirige un hôtel meublé. Plus tard cet hôtel est transformé en maison de tolérance. Cette maison est, par la suite, cédée, et la personne créancière fait saisie-arrêt de la somme qui lui est due entre les mains de l'acquéreur.

L'annulation prononcée par le tribunal nous semble injustifiée au point de vue juridique. La Cour de cassation ne parle pas, comme le jugement en question, d'inexistence des conventions relatives aux maisons de tolérance, mais de leur nullité, et cette nullité ne peut en aucun cas rejaillir sur les tiers de bonne foi. Le créancier dans l'espèce l'était assurément puisque son titre datait d'une époque où la maison de tolérance n'existait pas encore. En

(1) Civ. Seine, 25 nov. 1936. D. H. 1937, p. 142.

outre, nous venons de voir que les contrats accessoires aux maisons de tolérance ne sont nuls que s'ils ont été passés en vue de la création du maintien ou de l'exploitation de ces maisons. La saisie arrêt en question ne tend à rien de tel, bien au contraire. Son annulation est donc contraire à l'esprit de la jurisprudence qui est d'entraver, dans la mesure du possible, le fonctionnement de ce commerce immoral.

Nous avons ainsi terminé l'examen de la jurisprudence des relations sexuelles hors mariage. Constatons pour conclure que tout se passe comme si les tribunaux s'inspiraient de la règle morale que l'on formule traditionnellement ainsi : « Luxurieux point ne seras de corps ni de consentement — l'œuvre de chair ne désireras qu'en mariage seulement ». M. Esmein lui-même en a été frappé, il n'a pu s'empêcher d'en faire la remarque en étudiant la notion de cause illicite dans un de ses cours de droit civil.

Nous soulignerons enfin, que la jurisprudence n'a pas ici, pour soutenir sa conception sévère de la morale sexuelle, une mystique moderne comme celle qui la guide dans son élaboration des bonnes mœurs au point de vue pénal. Bien avant que le danger de la dénatalité n'apparaisse, elle était fixée et condamnait tous les contrats qui lui paraissaient devoir faciliter la débauche.

3^o Conventions contraires à la morale professionnelle.

Des décisions assez nombreuses ont eu à s'occuper du trafic d'influence. Est nul, ont-elles décidé, le contrat par lequel un individu s'engage, moyennant rémunération, à peser de tout son crédit près de l'administration pour faire obtenir à son cocontractant ce qu'il désire : en général

un contrat de fournitures ou une concession quelconque. Il est curieux de remarquer que l'un des premiers arrêts qui ait eu à statuer sur la question depuis le Code civil (1) ait longuement insisté sur cet argument : valider les contrats de trafic d'influence rémunéré, ce serait ressusciter indirectement l'ancienne vénalité des charges. Or, celle-ci, pleine d'inconvénients, a été supprimée de façon définitive. Les arrêts plus récents cherchent moins loin leurs motifs, et se contentent de déclarer la convention dont il s'agit contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs (2). Ce genre de conventions est condamné aussi bien si l'influence doit s'exercer près d'une société privée que sur une administration publique. Il est également interdit s'il est dirigé contre un gouvernement étranger (3).

Un contrat très voisin est annulé par application des mêmes principes : c'est celui qui est conclu pour l'achat d'une distinction honorifique (4).

Les tribunaux ont eu aussi l'occasion de rappeler plusieurs fois à des médecins ou pharmaciens qu'il leur était interdit de conclure, soit entre eux, soit avec des tiers, des contrats qui auraient pour objet l'exploitation de la clientèle. Citons en exemple, le cas ancien d'un médecin et d'un pharmacien qui s'étaient associés en se chargeant réciproquement, l'un de tenir dans une dépendance de l'officine un cabinet de consultation, l'autre d'exécuter les ordon-

(1) Colmar, 25 juin 1834. S. 1834.2.661. D. P. 35.2.30.

(2) Req. 2 avr. 1872. D. 73.1.65 ; Req. 5 fév. 1902. D. 1902.1.158 ; Paris, 31 déc. 1903. S. 1905.2.206 ; Civ. 3 avr. 1912. D. 1915.1.71. S. 1912.1.382 ; Civ. Carpentras, 19 mars 1924. G. P. 1924.2.105 ; Civ. Sedan, 23 mai 1900. D. 1901.2.203. G. P. 1900.2.245. G. Trib., 28 juill. 1916 ; Amiens, 3 juillet 1895 ; Rec. Amiens, 1895, 184.

(3) Req. 15 mars 1911. D. 1911.1.383.

(4) G. P. 87.2.576.

nances, afin de partager entre eux les profits à tirer de la vente des médicaments (1). Mais il existe malheureusement des cas plus modernes, tel celui du jeune médecin et du « publiciste », procès qui s'est terminé par un important arrêt de la Chambre civile (2). Moyennant le paiement au prétendu publiciste d'une somme annuelle de 240.000 francs, et en s'engageant en outre, à faire au moins 6.000 francs par mois de publicité dans les journaux locaux, le médecin s'était procuré l'exclusivité d'une méthode thérapeutique apte à guérir tous les maux. Sans doute, peut-on penser que ce prix, pour élevé qu'il soit, ne l'est pas trop au regard d'un tel résultat. Par malheur, la cour de Douai a cru devoir émettre quelques doutes au sujet de la valeur scientifique d'une méthode inventée par un agent de publicité. Et la Cour de cassation de conclure : « Attendu qu'en l'état de ses constatations souveraines la Cour a pu décider... que le contrat litigieux avait pour objet l'exploitation des malades... » (3).

Jamais, en revanche, la jurisprudence n'a eu à se prononcer sur le contrat de dichotomie. Cela tient sans doute à ce que sa diffusion est encore récente, et aussi au fait qu'il n'est pas d'usage de passer un écrit pour le constater. Nul doute, en tous cas, que si une pareille convention venait à être invoquée en justice, elle serait déclarée nulle comme contraire aux bonnes mœurs. La pratique de la dichotomie consiste, en effet, pour un médecin à se laisser imposer par intérêt un choix dans lequel il devrait être

(1) Paris, 31 mai 1866. S. 67.2.49.

(2) Civ. 4 déc. 1929. D. 1929.1.49. Note ESMEIN.

(3) Cf. encore Paris, 15 mai 1922. S. 26.2.57 ; Paris, 18 mai 1933. G. P. 4 sept. 1933.

guidé par les seules préoccupations de sa conscience professionnelle.

Un marché analogue à la dichotomie est également sans valeur s'il intervient entre avoué et huissier. Il en est spécialement ainsi de la convention par laquelle un huissier consent au profit d'un avoué qui s'oblige à lui faire faire toutes les significations de son étude, l'abandon du quart de ses émoluments (1). On ne saurait non plus considérer comme licite l'engagement pris par un greffier envers un seul directeur ou imprimeur de lui remettre des copies d'arrêts et de jugements, et contenant création en faveur de celui-ci d'un véritable monopole, exclusif du même droit pour tous les autres publicistes (2).

Ne sont pas admises non plus par la pratique judiciaire, les cessions de clientèle rémunérées. La clientèle, disent de nombreux arrêts repose sur la confiance qu'inspire le praticien, elle est hors du commerce (3). En revanche, la jurisprudence admet qu'un médecin cède à son confrère le droit au bail de son cabinet médical, les objets mobiliers qu'il contient, qu'il s'engage à ne plus exercer dans un certain rayon autour de la résidence de son successeur, et encore que lui ou sa veuve promettent de présenter le nouveau médecin à la clientèle.

Ces décisions sont d'ailleurs valables pour toutes sortes

(1) Cass. Req. 29 déc. 1845. D. 46.1.57 et Montpellier, 11 juin 1844. D. 45.4.144.

(2) Cass. civ. 2 févr. 1886. S. 87.1.25, note CHAVEGRIN.

(3) D. P. 46.3.62. D. P. 47.4.95 ; D. P. 50.2.193 ; D. P. 51.2.185 ; D. P. 86.1.175 ; D. P. 95.2.433 (il s'agit dans cette décision d'une clientèle d'architecte). D. P. 99.2.255 ; D. P. 1911.2.332 ; D. P. 1922.2.78 ; D. H. 1924, p. 488 ; D. H. 1931, Somm., p. 20 ; D. P. 96.2.31 ; D. P. 1909.5.76 ; D. H. 1924.428 ; D. H. 1928.91 ; D. H. 1932. Som., p. 36. En outre, un arrêt rapporté au S. 1925.2.9 a décidé que la cession d'un cabinet médical à un non médecin est nulle.

de clientèles (architecte, dentiste, etc...), mais non pour l'achalandage commercial qui repose plutôt sur l'intérêt du client que sur sa confiance.

Même chez ses auxiliaires les plus proches, la justice doit parfois veiller à une stricte obéissance des règles de l'honnêteté. Elle n'autorise pas un avocat à passer avec ses clients un pacte de *quota litis*, c'est-à-dire à proportionner ses honoraires au bénéfice que le plaideur retirera du procès. Deux motifs la guident dans cette voie : d'abord l'attention et les soins donnés par l'homme de loi à ses affaires doivent toujours être les meilleurs possibles, que le litige soit important ou qu'il soit minime. Enfin, un pacte donnant à l'avocat un trop grand intérêt au gain de son procès risquerait d'être de nature à lui faire employer des procédés peu recommandables, à égarer la justice au lieu de l'éclairer (1).

Chacun sait, par ailleurs qu'il est une sphère inaccessible à la corruption : c'est celle du monde parlementaire. Si l'on rencontre cependant quelques arrêts condamnant des pratiques employées par certains candidats pour canaliser les voies du peuple à leur profit, il n'y faut voir que de rares exceptions dont la seule raison d'être est de confirmer la règle que nous venons d'énoncer.

Signalons, parmi ces exceptions, le cas du journaliste qui se fit payer pour entreprendre une campagne en faveur d'un candidat (2) et qui vit sa créance annulée comme reposant sur une cause immorale. Celui du débitant de boissons qui, après avoir fortement abreuvé les électeurs ne put, lui non plus réussir à se faire régler. « Attendu,

(1) Rennes, 4 juillet 1895 et sur pourvoi Civ. 22 avr. 1898. D. 98.1.415. S. 1902.1.343.

(2) G. P. 95.1.163.

dit le Tribunal, qu'au cours des débats le demandeur a déclaré que D et consorts (membres du comité électoral) et L ont reconnu... que les libations dont s'agit avaient pour but, dans la pensée des parties, de procurer à F les suffrages de ceux qui y prendraient part, que dès lors la cause de l'obligation dont G réclame l'exécution est illicite comme contraire à la fois, aux lois, à l'ordre public et aux bonnes mœurs » (1).

Dans un autre domaine, la nullité est aussi prononcée à l'encontre du contrat par lequel un individu s'engage contre espèces, à donner des renseignements en violation du secret professionnel (2).

C'est aussi cette jurisprudence, en somme sévère, sur les devoirs professionnels que l'on retrouve à propos des contrats de courtage matrimonial et de claque. Nous en avons déjà parlé en critiquant la conception sociologique des bonnes mœurs. Rappelons seulement ici que les arrêts en ces matières semblent s'inspirer, pour annuler ou valider le contrat, du degré d'honnêteté qui a présidé à l'opération.

40 Conventions tendant à procurer un enrichissement immoral.

Le jeu est interdit par l'art. 40 du Code pénal. Cependant ce n'est pas seulement en tant que contraires à la loi, mais aussi parce qu'elle les juge immorales que la jurisprudence annule toutes les conventions qui s'y rapportent. Cela est si vrai que la loi du 15 juin 1907 elle-même, n'a pas apporté de changement sur ce point, les arrêts décident que l'autorisation administrative n'est qu'une mesure

(1) Trib. civ. Tarbes, 14 mars 1899. S. 1900.2.219. Voir une espèce analogue : Trib. civil de Castelnau-dary. D. 1904.2.201.

(2) Journ. Trib. comm., 1918-1919.389.

de police qui ne saurait enlever au jeu son caractère immoral.

Par application de ces principes, on voit annuler la location d'une maison de jeu (1), la convention tendant à l'exploitation d'un jeu de petits chevaux (2), une convention qui a pour but le partage du produit des jeux (3). De même « une société commerciale ayant pour objet la gérance d'un cercle doit être déclarée nulle s'il apparaît qu'elle a pour objet principal l'exploitation des bénéfices d'un salon de jeux (4) », et d'une manière plus générale « une obligation résultant d'une convention par laquelle une personne a cédé à une autre l'exploitation d'un établissement de ce genre repose sur une cause illicite et ne peut produire aucun effet » (5).

La question s'est également posée de savoir si une société pouvait être formée entre Français pour l'exploitation d'une maison de jeu dans un pays étranger où les établissements de jeu publics sont autorisés. Un premier arrêt avait répondu par l'affirmative (6), mais la cour de Paris, un mois plus tard, s'est déjugée, décidant cette fois « que la passion du jeu est considérée dans tous les pays comme un vice, cause prochaine de malheurs ou de crimes, et que la spéculation sur le vice d'autrui est plus immorale que le vice lui-même, et essentiellement contraire aux bonnes mœurs » (7).

(1) Pau, 28 juin 1906. S. 1907.2.61.

(2) Paris, 5 juin 1901. D. 1903.2.10.

(3) Paris, 9 avr. 1897. D. 99.2.244 (1^{re} espèce).

(4) Paris, 9 avr. 1897. D. 99.2.244 (2^e espèce).

(5) Pau, 31 janv. 1889. D. 90.2.228 ; Aix, 14 mai 1908. S. 1908.2.291 ; Req. 24 mai 1913. S. 1913.1.555.

(6) Paris, 22 fév. 1849. S. 49.2.144.

(7) Paris, 31 mars 1849. S. 49.2.464.

Cet arrêt ancien nous paraît rejoindre la jurisprudence moderne qui condamne comme illicite ou immoral (les arrêts ne distinguent pas) tout ce qui tend à favoriser le jeu, même pratiqué dans les conditions où la loi l'autorise (Loi 15 juin 1907).

Ce sont des tendances analogues qui guident les décisions dans la matière des dettes de jeu. Il faut toutefois faire de celles-ci plusieurs catégories. D'abord la dette du perdant. Elle est soumise aux prescriptions de l'art 1965 du C. civ. Le gagnant n'a pas d'action pour se la faire payer, mais s'il l'a volontairement acquittée, le perdant ne peut ensuite, alléguant qu'il s'agit d'une dette de jeu, réclamer la somme versée (art. 1967 C. civ.).

Notons qu'au sujet de ces deux textes deux questions se posent. La première est toute théorique. La règle qu'ils édictent signifie t-elle que le jeu laisse à la charge du perdant une obligation naturelle ? Cette explication serait conforme à l'adage courant « dette de jeu dette d'honneur ». Surtout, elle était admise par Pothier « Le contrat, quoique fait en contravention de la loi ne laisse pas d'exister, et, lorsqu'il ne renferme en soi aucune injustice de l'une des parties envers l'autre, il oblige dans le for de la conscience » (1).

Il semble cependant que la jurisprudence ne consacre pas cette interprétation. Le jeu étant, à ses yeux immoral, il ne saurait y avoir obligation naturelle à exécuter une telle conventions. Il est donc plus vraisemblable de dire que si le perdant ne peut répéter son paiement, c'est par application de la règle *nemo auditur*.

Une autre question, plus importante que laissent à tran-

(1) POTHIER, *Traité du jeu*, t. 5, n° 55, édition Bugnet.

cher les deux textes cités du C. civ. est celle de savoir quand il y a eu paiement. Il est certain d'abord que lorsque les enjeux ont été mis sur la table ou déposés aux mains d'un tiers, ils sont acquis au gagnant par le seul fait du gain de la partie (1). En outre, une cession de créance consentie par le perdant et notifiée au débiteur cédé vaut paiement (2). En revanche, la remise faite par le perdant au gagnant de billets à ordre et de lettres de change ne constitue pas un paiement réel, mais une promesse de payer plus tard (3). Enfin, il a été jugé que lorsqu'il s'agit d'une dette de jeu l'art. 1967 n'interdit pas au perdant un recours en garantie contre le gagnant qui, après s'être fait souscrire des titres dont la cause réelle serait dissimulée, les aurait transmis à des tiers de bonne foi. L'on ne peut en pareil cas assimiler, ni le recours en garantie à une action en répétition, ni la souscription et la négociation des titres de créance à un paiement effectif de la part du perdant (4).

Mais il est une autre catégorie de dettes relatives au jeu qui donne lieu à de plus nombreux arrêts. C'est la catégorie des dettes qui résultent du prêt fait à un joueur. La jurisprudence lui étend les dispositions des art. 1965 et 1967 C. civ. si toutefois elles remplissent certaines conditions. Il ne suffit pas que le prêteur ait connu la destination des sommes prêtées, il faut encore qu'il ait été intéressé au jeu, et, en outre, que les deniers aient été exclusivement destinés au jeu, et qu'ils y aient été effecti-

(1) Crim. 26 févr. 1892. S. 92.1.601. *Contra* : Cass. Florence, 10 déc. 1901. S. 1904.4.11.

(2) Cass. Req. 7 juill. 1869. S. 69.1.461.

(3) Civ. 12 avr. 1854. S. 54.1.313.

(4) Civ. 4 déc. 1854. S. 54.1.763.

vement employés (1). L'arrêt de la Chambre criminelle du 1^{er} juin 1934 est particulièrement significatif. La société du casino de Vichy avait consenti à un joueur deux prêts successifs. Une première somme de 35.000 francs lui avait été remise. L'intégralité en fut employée au jeu, aussi, la société, lorsqu'elle demanda le remboursement, se vit opposer l'exception de l'article 1965 C. civ. Par contre, un second prêt, de 5.000 francs, ayant été alloué au joueur, celui-ci en donna 4.000 à sa femme « pour lui permettre de subsister ». Cette fois, l'intégralité de la somme prêtée n'ayant pas servi au jeu, le casino put valablement demander et obtenir la condamnation de l'emprunteur au remboursement total.

Dans l'espèce, aucune difficulté ne s'élevait au sujet des motifs qui animaient les représentants de la société : ils étaient évidemment intéressés au jeu. Mais cet intérêt du prêteur que la jurisprudence exige pour qu'on puisse lui opposer l'art. 1965 n'éclate pas toujours avec autant d'évidence. Il semble même que dans la fixation de cette notion, la jurisprudence soit quelque peu incohérente. C'est avec raison, sans doute, qu'elle considère comme intéressé le gérant des jeux (2). Mais pourquoi l'actionnaire du casino (3)

(1) Cass. Req. 4 juill. 1892. D. 92.1.500. S. 92.1.513, rapport LEPelletier ; Seine, 17 nov. 1905. G. P. 21 mars 1906. — Cass. crim., 22 janv. 1927, G. P. 1927.1.316 ; Crim., 19 juillet 1929. D. H. 1929, p. 492 ; Cass. 15 nov. 1864. S. 65.1.77 ; Colmar, S. 42.2.492 ; Cass. Req. S. et P. 92.1.513 ; Paris, S. et P. 95.2.42 ; Rome, S. et P. 99.4.37. S. et P. 1909.2.76. S. 1930.1.400 ; Annecy, S. 1926.2.63 ; Douai, 16 janv. 1932. S. 1933.2.9, note M. P. LEPAULLE ; Cass. Crim., 19 nov. 1932. S. 1933.1.40 ; Req. S. 1935.1.164 ; Crim. 1^{er} juin 1934. S. 1935.1.155.

(2) 16 janv. 1894. S. 95.2.42 ; Bordeaux, 30 avr. 1888 ; Rec. Bordeaux, 1888.1.295 ; Paris, 8 fév. 1917. S. 1918.19.2.60.

(3) Lyon, 21 janv. 1908. D. 1908.5.36.

lui semble-t-il plus désintéressé que le garçon de la salle (1)?

Il faut en outre relever ici l'anomalie que nous avons déjà signalée : s'il s'agit d'un prêt fait en vue de la construction ou de l'achat d'une maison de tolérance, la jurisprudence a tendance à l'annuler alors même que le prêteur a simplement connaissance de la destination de ses deniers, tandis qu'en matière de jeu, elle exige en outre un intérêt de sa part à l'opération. Sans doute cela vient-il de ce qu'elle utilise, en cette dernière hypothèse, une technique un peu différente. Dans le cas de la maison de tolérance, elle se contente de dire : le prêt a une cause immorale. En notre matière, elle étend la notion de dette de jeu à l'obligation du prêteur. Il est alors normal qu'elle exige de celui-ci une participation quelconque à l'opération.

Avant la loi du 28 mars 1885, la jurisprudence avait bien souvent l'occasion d'appliquer à de prétendus marchés à terme les dispositions du Code sur l'exception du jeu. Depuis longtemps, en effet, elle décidait que tout marché à terme d'effets publics qui, dès l'origine, n'a pas pour objet une livraison réelle des effets vendus, mais seulement et uniquement un paiement de différences, constitue un jeu de Bourse prohibé par la loi (2). La jurisprudence qui s'était alors formée à propos de ces opérations n'est pas sans intérêt à étudier car elle a tendance à revenir aujourd'hui à la mode.

Il était d'abord établi que le point de savoir si une opération constituait ou non un jeu de bourse était une ques-

(1) Cass. Req., 4 juill. 1892. S. 92.1.513 ; Paris, 23 juill. 1903, G. T. 1903, 2^e sem. 2-499 ; Seine, 17 nov. 1905. D. 1906.5.60.

(2) Cass. S. 1938.1.753.

tion de fait et d'intention dont l'appréciation appartenait au juge du fait (1). En outre, l'exception de jeu, étant d'ordre public, pouvait être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation (2).

Tous les prêts consentis en vue d'un jeu de bourse se trouvaient entachés de nullité. C'est ainsi qu'il était décidé que le prêt fait pour solder des pertes provenant de spéculations ayant le caractère de jeux de bourse est nul, et le remboursement des sommes prêtées ne pouvait être exigé. A plus forte raison en était-il ainsi si le prêteur avait autorisé l'emprunteur à faire ces spéculations sous son nom, et que, par suite, sa responsabilité était engagée envers le tiers à raison de ces opérations. De même le commissionnaire qui avait reçu sciemment de son commettant l'ordre de conclure des opérations qui n'étaient en fait qu'un jeu n'avait pas d'action pour se faire rembourser par son commettant les sommes avancées pour l'exécution du mandat (3). Il est à remarquer que pour prononcer la nullité du prêt, la jurisprudence n'exigeait pas, comme en matière de jeu pur et simple, que le prêteur ait eu un intérêt à l'opération. Il lui suffisait qu'il en ait connu le caractère. Sans doute, dans la plupart des cas, les deux choses allaient de pair, le commissionnaire, par exemple, qui avançait les sommes à son mandataire n'était évidemment pas étranger à l'opération, puisque par définition, il lui était dû une commission. On pouvait rencontrer exceptionnellement des hypothèses différentes. C'est ainsi que la Cour de cassation a refusé à la caisse commune des agents de change le droit de répéter les

(1) Cass. S. 69.1.20.

(2) Cass. S. 65.1.77.

(3) Cass. S. 69.1.448.

sommes avancées en connaissance de cause à un de ses membres, pour le paiement de différences provenant de jeux de bourse (1). Si l'arrêt de la Chambre des requêtes cité en note a souligné que la Compagnie des agents de change avait connu la nature des créances, il ne précise pas qu'elle ait eu un intérêt dans les opérations.

Telle était, dans ses grandes lignes, la jurisprudence relative aux jeux de bourse lorsque survint la loi du 28 mars 1855. « Nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui en résultent (des marchés à terme) se prévaloir de l'art. 1965 C. civ. lors même qu'ils se résoudraient par le paiement d'une simple différence ». Des divergences aussitôt s'élevèrent sur l'interprétation du nouveau texte.

Une opinion soutint que si la loi a validé les marchés à terme réels et sérieux, elle a maintenu sous l'empire de l'art. 1965 les opérations dans lesquelles les parties, dès l'origine, sont convenues que des différences seules seraient payées, dans lesquelles, par conséquent, le paiement par différences est obligatoire (2).

Ce point de vue, pourtant, fut condamné par plusieurs arrêts importants de la Cour de cassation (3) qui décidèrent que dès lors que les opérations sur marchandises ou effets publics ont pris la forme de marchés à terme, il est interdit aux parties d'opposer l'exception du jeu, et aux juges de rechercher l'intention des parties.

L'on aurait pu croire qu'après ces décisions, la question était définitivement tranchée. Pourtant, il n'en est rien.

(1) Req. 30 mai 1838. S. 1838.1.753.

(2) Paris, S. et P. 95.2.257. Note WAHL ; Paris, S. 96.2.47 ; Paris, S. 97.2.69.

(3) Douai, S. 97.2.238 ; Cass. S. et P. 98.1.313 ; Cass., S. 1900.1.520 ; Cass. S. 1905.1.79.

Peut-être sous l'influence de la jurisprudence belge qui, elle étant toujours régie par les articles 1965 et 1967 continue d'appliquer l'exception de jeu (1), les juridictions françaises inclinent à l'admettre à nouveau. D'abord, lorsque dès l'origine de l'opération, les parties établissent au moyen d'une preuve écrite leur volonté commune de ne jamais recourir à la livraison des titres ou des marchandises (2), mais même en dehors de ce cas assez exceptionnel (3).

Si donc le marché à terme peut parfois être de nouveau considéré comme un jeu, la jurisprudence que nous avons signalée, et qui annule comme immorales les conventions qui ont pour but de le faciliter, en particulier le prêt, va reprendre en partie son empire.

Plus encore qu'en matière civile, c'est dans le domaine commercial que l'on rencontre des combinaisons dont les auteurs ont pour but de se procurer un enrichissement immoral. Parmi celles-ci, la plus usitée, la plus aisément réalisable est celle qui consiste à mettre en circulation des effets de complaisance, plus connus des praticiens sous le nom de traites de cavalerie. Plus le système s'est répandu et plus la jurisprudence a dû l'étudier de près, se laissant guider dans ses décisions à leur égard par les notions morales qui dominent toutes ces matières. Nous nous proposons de le montrer en exposant brièvement ce que sont les effets de complaisance et quels effets ils comportent.

Lorsqu'un commerçant tire sur un de ses correspon-

(1) Appel Bruxelles, S. 1927.4.41 ; Appel Liège, S. 1928.4.20.

(2) Lyon, S. 1937.2.15.

(3) Amiens, 15 fév. 1929. D. H. 1929, p. 274 ; Besançon, 24 mars 1930, D. H. 1930.386 ; Marseille, 21 janv. 1931. D. H. 1931.191.

dants une lettre de change, il peut y avoir à cela plusieurs raisons :

Ou bien le commerçant A a vendu à B des marchandises. Il est convenu que celui-ci ne paiera que dans un certain délai. Cependant, A désire toucher son prix. Il va tirer sur B une lettre de change venant à échéance au jour qui était convenu pour le paiement des marchandises. Cette lettre sera acceptée par le tiré B et passée à l'ordre d'un banquier qui l'escomptera. Ainsi A aura mobilisé son crédit, opération honnête et courante dans laquelle on dit que la lettre de change a pour provision le prix des marchandises vendues.

Ou bien encore, hypothèse voisine, B a une dette envers A, payable à échéance lointaine, trop lointaine pour qu'on puisse négocier en banque, celle-ci n'acceptant, en général que le papier à quatre-vingt-dix jours. Les intéressés vont alors avoir recours aux effets de circulation, ou effets renouvelables. A va tirer sur B une lettre à trois mois. Il la fera escompter, mais une fois le délai écoulé, la dette que A possède envers B ne sera pas encore exigible, et celui-ci n'aura pas la somme pour payer la traite. C'est alors qu'on la renouvelle, quelques jours avant l'échéance, A tire sur B une nouvelle lettre égale à la première, et encore à quatre-vingt-dix jours. Il la fait escompter, et expédie les fonds ainsi obtenus à son correspondant B de manière que celui-ci puisse faire face à l'échéance de la première traite que le banquier escompteur va lui demander de payer. Ainsi, de trois mois en trois mois va se reporter le crédit jusqu'au jour où l'échéance étant arrivée, B ayant préparé les fonds qu'il devait à A, paiera effectivement le banquier escompteur. C'est ainsi que parfois, la banque de France prend à l'escompte des traites à quatre-

vingt-dix jours délivrées par des agriculteurs, traites qui pourtant doivent donner lieu à un ou deux renouvellements pour n'être définitivement soldées qu'après la récolte.

L'opération, ici encore est honnête, il y a une véritable dette comme fondement de la traite, et dans cette hypothèse, comme dans la première, celui qui prend le papier sait qu'il possède une garantie dans une valeur à l'avoir de son tireur.

Dans les deux cas précédents, l'effet de commerce n'est qu'un procédé indirect de paiement, on pourrait concevoir qu'elle n'existât pas. Il y a une dette, celle-ci pourrait être directement soldée. L'effet est simplement utilisé pour « mobiliser » un crédit qui existait avant sa création.

Il n'en est pas toujours ainsi, certains effets valables peuvent n'avoir pas pour provision une valeur fournie ; un commerçant a besoin de fonds, il s'adresse à un confrère et lui demande de vouloir bien lui consentir une ouverture de crédit. L'accord est conclu, et il est convenu que le commerçant aura recours à des lettres de change. Il tirera des lettres sur le prêteur. Celui-ci les acceptera, les paiera à l'échéance, et en portera le montant au compte débiteur de l'emprunteur. Celui-ci, bien entendu, a fait escompter les traites, et s'est ainsi procuré les sommes dont il avait besoin. Ici encore, opération irréprochable, la provision existe puisque le tiré est décidé à avancer les fonds. Il y a tout simplement prêt d'argent.

Il est facile cependant de se rendre compte que cette dernière utilisation des effets de commerce était de nature à conduire à des abus. De l'émission des traites sur un commerçant prêteur, on est passé à l'effet tiré sur un commerçant qui n'a pas du tout l'intention de prêter, ce fut

l'effet de complaisance : un commerçant a besoin de fonds, mais il n'a pas d'acheteur sur qui tirer de lettre, aucun correspondant, aucun banquier disposé à lui consentir des avances. Cependant, il lui faut de l'argent, sinon c'est la faillite. En pratique, voici comment va s'opérer l'émission de complaisance. Le négociant obéré en découvre un autre dans une situation comparable à la sienne, ils vont faire traite mutuellement l'un sur l'autre, et faire escompter chacun par son banquier les papiers ainsi obtenus. Un arrêt de la Cour de Riom (1) nous fournit un exemple de ce cas. « Selon le désir de votre lettre d'hier, j'accepte vos traites de 9.108 fr. 75 cent., 8.441 fr. 10 cent., 9.425 fr. 50 cent., 9.446 fr. 55 cent. et 9.710 fr. 20 cent. aux échéances des 31 mars et 25 mai prochains. Il est bien entendu que vous paierez vous-même ces traites à leurs échéances, et j'agirai de même pour celles que je fournirai sur vous aux mêmes échéances, et pour le même total, et que vous voudrez bien également accepter ».

Nous citons là un cas particulièrement typique, dans cette hypothèse, les effets sont de pure complaisance, les intéressés eux-mêmes le reconnaissent et aucune difficulté ne s'élève. Il n'en est pas toujours ainsi. Voici par exemple, une espèce qui fut soumise à la Cour de cassation en 1909 (2). Des manufacturiers de Saint-Etienne : MM. Garraud et Cie, ayant besoin d'argent, se sont adressés à la maison Cabaud et Cie, une banque de Lyon, et lui ont demandé une ouverture de crédit. Celle-ci a accepté, mais à condition qu'il lui serait fourni une garantie sur une caution solvable. Les manufacturiers trouvèrent un certain

(1) Riom, 3 mai 1932. D. 1934.2.86.

(2) Req. 17 nov. 1909. D. 1912.1.281.

Fontanille qui accepta de jouer ce rôle. En fait, la garantie fut donnée sous forme de traites tirées par Garraud sur Fontanille qui les accepta, et que les banquiers de Lyon escomptèrent. Ces effets étaient-ils nuls, ou, au contraire valables ?

Pour répondre à cette question, il faut être en possession d'un critérium qui permette de discerner avec certitude quand il y a effet de complaisance ou quand on est, au contraire, en présence d'une hypothèse voisine, telle que l'avance de fonds. Nous allons citer brièvement ceux qui ont été proposés, et montrer, comment la jurisprudence a consacré une fois de plus en notre matière, la valeur juridique de la règle morale.

Le vice caractéristique de l'effet de complaisance, a-t-on dit d'abord, c'est le défaut de provision de la lettre de change. Sans doute, aucun texte ne pose formellement l'existence d'une provision comme condition de validité d'une traite, mais le texte de l'art. 116 C. comm., précisant que « la provision doit être faite par le tireur ou... etc. » ne la sous-entend-il pas ? Il est vrai que la provision requise pour une lettre de change est moins rigoureuse que pour un chèque, il suffit qu'elle existe au moment de l'échéance de l'effet, mais il faut qu'elle existe, et, en fait, nous l'avons vu, les effets de commerce honnêtes sont approvisionnés par une valeur en marchandises ou une ouverture de crédit.

Cette explication cependant n'est pas pleinement satisfaisante. D'une part, en l'absence d'un texte formel de la loi, il serait bien osé de donner pour sanction à l'absence de provision la nullité de l'effet. En outre, si l'on s'en tenait à ce critérium, un billet à ordre, qui peut lui aussi dissimuler un trafic fictif ne serait cependant jamais annulé,

puisqu'il ne comporte pas de provision. A vrai dire, d'ailleurs, cette tentative d'explication est restée toute théorique. A notre connaissance, il n'y a pas d'arrêt qui se soit fondé exclusivement sur elle.

De nombreuses décisions, au contraire, à la fin du ^{xix}^e siècle, ont argué, pour annuler les effets de complaisance, de leur absence de cause (1). Mais déjà en 1903, un arrêt de la Cour d'Amiens avait souligné, au contraire, que ce n'est pas par là que pèchent ces effets : « Considérant que les traites ou billets échangés entre deux commerçants à titre de réciprocité ou de complaisance, sans que leur valeur corresponde à celles d'affaires faites entre eux, ne sont pas sans cause dans le sens de l'art. 1131, puisque les billets souscrits par l'un ont précisément pour cause la souscription de billets par l'autre » (2). Les auteurs, en effet, ne manquèrent pas de remarquer que la doctrine des arrêts précédents reposait sur une fausse interprétation de la théorie de la cause. En réalité, disaient-ils, le tiré consent à accepter parce que le tireur s'engage à lui fournir les fonds avant l'échéance. Cette promesse est une cause réelle. En outre, pour ce qui est de l'engagement du tiré, un arrêt de la Cour de cassation est venu opportunément souligner que c'est un contrat unilatéral par lequel le tiré s'oblige seul envers le porteur, « l'acceptation constituant aux termes de l'art. 121 C. comm. un engagement personnel qui ne permet plus au tiré de discuter envers le tiers porteur la cause de la traite qu'il s'est obligé à payer » (3).

(1) Req. 18 oct. 1886. D. P. 87.1.340 ; Paris, 16 nov. 1888. D. P. 89.2.253 ; Lyon, 30 mars 1897. D. P. 97.2.385, note THALLER ; Cass. civ., 10 juin 1872. D. P. 72.1.262 ; Req. 27 juillet 1897. D. 97.1.607.

(2) Amiens, 9 janv. 1903. S. 1903.2.241.

(3) Cass. 23 mars 1908. D. 1908.1.277.

Si donc ce n'est pas le défaut de provision, si ce n'est pas l'absence de cause qui sont caractéristiques de l'effet de complaisance, à quoi le reconnaîtra-t-on ? Un arrêt de la Chambre des requêtes du 17 novembre 1909 (1) a implicitement résolu la question : pour lui, c'est le but dans lequel les effets sont créés qui doit être désisif. Ce but est-il immoral, cherche-t-on par le moyen de la circulation fictive à tromper les tiers sur l'état financier du commerçant intéressé, les effets seront nuls. Au contraire, les effets sont-ils créés, comme c'était le cas dans l'espèce, pour aider financièrement le tireur, ils sont valables, et le tiré joue le rôle de caution. Depuis lors la jurisprudence est fixée en ce sens (2) et distingue ce qu'elle appelle les effets de pure complaisance (ceux dont le but est immoral), qui sont nuls, et les effets qui, n'étant pas inspirés par une intention frauduleuse valent comme ouverture de crédit.

Il y a là une application particulièrement poussée de la règle morale, et une application vraiment parfaite, puisque les juges doivent, dans leur appréciation, se baser non sur le résultat effectivement obtenu par les émetteurs de traites, mais sur l'intention qui les a inspirés.

La loi morale qui guide le juge dans sa définition des traites de cavalerie, lui dicte aussi les conséquences à en tirer (3).

Ce ne sont pas les seules opérations que la jurisprudence ait à condamner en vertu de la règle morale qui défend

(1) D. 1912.1.281.

(2) Req. 10 mars 1915. D. 1916.1.241 ; Civ. Vesoul, 23 janv. 1925. D. H. 1925.263 ; Montpellier, 26 janv. 1927 ; Lyon, 25 juill. 1925. D. P. 1928.2.163 ; Req. 30 déc. 1931. D. H. 1932.65 ; Crim. 6 fév. et 5 août 1932. D. P. 1933.1.46 ; Riom, 3 mai 1932 ; D. P. 1934.2.84 ; Req. 11 mars 1935. D. H. 1935, p. 210 Civ. 1^{er} août 1938. D. H. 1938, p. 497.

(3) Cf. II^e partie, titre I, chap. I, sect. I, paragr. B.

de s'enrichir injustement. Elle intervient encore pour mettre à néant diverses combinaisons dont le but est l'exploitation du public.

Citons d'abord cette forme particulière de contrat dite « boule de neige » qui, modernisée, a connu dans ces dernières années une vogue nouvelle sous le nom de « chaîne ». Le principe, qui subit de multiples variantes, est le suivant : Un commerçant offre un objet d'une valeur de 100 francs dans les conditions que voici : pour l'obtenir il faut *a*) verser une somme de vingt francs, moyennant quoi est remis au candidat acheteur un titre muni de cinq coupons ; *b*) placer chacun de ces cinq coupons à un nouveau souscripteur disposé à entrer dans la combinaison ; *c*) attendre que ces cinq nouvelles victimes aient, elles-mêmes, versé chacune 20 francs à l'auteur de la combinaison, et reçu en échange, un titre à cinq coupons destiné au même usage. Quand ces trois conditions sont réalisées, le souscripteur primitif reçoit l'objet promis. Il fait une bonne affaire, puisque, moyennant le versement de 20 francs, il reçoit un objet qui en vaut 100, du moins à ce qu'affirme le marchand. Quant à ce dernier, est-il besoin de dire qu'il en fait une encore bien meilleure, puisqu'avant de livrer l'objet d'une valeur de 100 francs il en a touché 120 : 20 du souscripteur primitif, plus cinq fois vingt francs apportés par les nouvelles victimes, et qu'il s'est procuré des démarcheurs bénévoles (chacun des cinq souscripteurs de seconde ligne doit en effet trouver cinq autres candidats acheteurs s'il veut recevoir l'objet promis). Dans l'opération de la chaîne qui fonctionna en 1933 ou 1934 l'objet appât (celui qui dans notre exemple à une valeur de 100 francs) avait été remplacé par une somme d'argent. Par ailleurs le fonctionnement était identique.

Mise en présence d'opérations de ce genre, la jurisprudence à hésité. Lorsque l'on considère, dans leur individualité, chacune des opérations auxquelles la « chaîne » ou « la boule de neige » donne lieu, elles apparaissent, en effet, irréprochables : le contrat a un objet certain, possible et licite : c'est la marchandise appât ou la somme d'argent. Il a une cause, puisque l'auteur de la combinaison offre à chaque souscripteur une chance de gain moyennant l'achat d'un titre à coupons. Enfin, la liberté du consentement n'est pas en question. Les tribunaux de commerce, en général, considèrent donc l'opération comme valable (1).

En revanche, les quelques arrêts des tribunaux civils (2) que l'on trouve sur la question annulent l'opération. Il faut reconnaître, d'ailleurs, qu'ils donnent pour cela des raisons assez faibles. Du point de vue juridique, avons-nous dit, chacun de ces contrats est difficilement attaquable. Il n'y a qu'à lire les arrêts en question pour s'apercevoir qu'en réalité, ce qui a choqué les juges, c'est l'immoralité de l'opération. Un individu spéculé sur la naïveté des autres pour se procurer un enrichissement considérable. Examinons, en effet, l'opération dans son ensemble : le nombre des contrats s'accroît suivant une progression géométrique, en notre exemple, de raison 5. Au bout de très peu d'opérations, le nombre des contractants nécessaires pour que le système puisse fonctionner dépasse de beaucoup celui des habitants du globe. Sans aller jusque-là, il est bien évident que, bientôt, de nombreux souscripteurs vont se trouver lésés, ayant versé les 20 francs, et recevant, en

(1) Comm. Roubaix, 2 mai 1900 et com. Seine, 20 juill. 1901. S. 1904. 2.49.

(2) Lille, 15 janv. 1900 ; Civ. Seine, 19 nov. 1901. S. 1904. 2.49. Note WAHL en faveur de la validité.

échange des coupons impossibles à placer. A notre sens, par conséquent, c'est encore une heureuse application de la règle morale que l'annulation de ces opérations, la nullité ayant surtout ici un rôle préventif.

Sont encore des opérations destinées à tromper le public, et annulées comme telles : le pacte par lequel un individu décide, moyennant un salaire, une enfant étrangère à le suivre pour solliciter la charité publique (1). De même, la convention intervenue entre une société financière et un agent de publicité lorsque celui-ci s'engage à publier des articles mensongers destinés à tromper le public (2). Celle par laquelle un courtier s'engage à faire des démarches afin d'induire en erreur sur l'origine d'une œuvre (3), le pacte dans lequel une partie cherche à se procurer un bénéfice illicite aux dépens d'un incapable (4). Sont à ranger dans la même catégorie, les conventions contraires à la liberté des enchères, car elles visent à permettre à un individu d'obtenir l'objet mis en vente au-dessous du cours qu'eût fixé le libre fonctionnement du système (5). La jurisprudence combat aussi les conventions destinées à faciliter la circulation dans le public de produits dangereux : société formée pour l'exploitation de remèdes secrets (6), ou ventes portant sur un produit destiné à la falsification de denrées (7). Enfin, il est une convention assez usuelle que la jurisprudence veille à maintenir dans les limites de l'hon-

(1) G. P., 83.1.334.

(2) G. P. 83.2.398 (2^e partie).

(3) Comm. Lille, 12 mai 1911. G. Trib., 27 juin 1911.

(4) Cass. Req. 26 mars 1877. S. 78.1.456.

(5) G. P. 1903.2.443 ; G. Trib., 27 sept. 1911. G. P. 1912.2.33.

(6) Cass. civ., 13 juill. 1927. S. 1928.1.9, note Solus.

(7) Cass. civ., 23 juin 1879. D. 79.1.367 ; 2 déc. 1901. S. 1902.1.333. Rouen, 31 déc. 1879. S. 80.2.212 ; Cass. civ. G. P. 1931.1.428.

nêteté, c'est celle passée avec un généalogiste qui offre, moyennant finance, de révéler à un individu une succession ouverte à son profit. Le sort du contrat dépend de sa moralité. Est-ce une manœuvre d'escroquerie en ce sens que le généalogiste cherche à faire payer une révélation inutile, les tribunaux prononcent la nullité (1). Si au contraire, il y avait un véritable secret, si donc la convention était honnête, elle est reconnue valable (2). En outre, le salaire stipulé par l'agent d'affaires est ou non susceptible d'être diminué par le juge suivant qu'il y a eu simple mandat de faire des démarches, ou contrat aléatoire de révélation de succession (3).

Plus immoral encore est l'enrichissement qu'une personne obtient en stipulant un salaire pour accomplir un acte qui fait partie de son devoir (4), ou encore pour ne pas accomplir cet acte (5). Dans cette dernière catégorie, nous croyons devoir mentionner spécialement les conventions qui tendent à procurer à l'auteur d'un délit une irresponsabilité déshonnête. Il semble, en effet, qu'au regard de la jurisprudence, il y ait devoir, lorsqu'on a commis un délit, de subir la punition qu'il comporte. Par application de ces idées, les tribunaux, à l'exception de quelques arrêts dissidents (6) valident les conventions par lesquelles un indi-

(1) Paris, 28 juill. 1879. S. 80.2.262 ; Dijon, 21 juillet 1880. D. 82.2.115.

(2) Paris, 12 mars 1894. D. 94.2.484 ; Bruxelles, 31 janv. 1931. S. 1931.4.27.

(3) Cass. civ., 7 mai 1866. S. 66.1.273 ; Civ. Seine, G. P. 1938.1.903

(4) Aix, 23 janv. 1883. D. 83.2.237 ; Rome, 30 janv. 1901. Pasicrisie 1902.4.26 ; Seine, 23 déc. 1910. G. Trib. 1911.2.244 ; G. P. 1911.2.658 ; Civ., 5 déc. 1911. D. 1913.1.120. S. 1913.1.467, note DEMOGUE ; Cass. civ. G. P. 1931.1.203.

(5) Req. 21 déc. 1869. D. 70.1.308. S. 70.1.130 ; Pau, 3 mars 1869. S. 69.2.209.

(6) Bordeaux, Recueil Bordeaux, 1891.1.361.

vidu obtient d'un autre qu'il retire la plainte qu'il a déposée contre lui (1). Le retrait de plainte, en effet, ne met pas obstacle à l'action publique. Au contraire, sont annulées les conventions de non dénonciation, celles par lesquelles est acheté le silence de la personne volée (2), ou de la victime de tout autre délit (3).

Avant la loi du 13 juillet 1930, la jurisprudence considérait déjà comme non valables les clauses par lesquelles une compagnie d'assurance interdisait à ses clients, sous peine d'être privés du bénéfice de leur contrat, de reconnaître leur responsabilité, même quand elle était certaine (4). Elle n'a plus à s'en occuper aujourd'hui, ces clauses étant interdites par la loi du 13 juillet 1930.

Il est enfin un dernier contrat, et non l'un des moins importants aujourd'hui, considéré par la jurisprudence comme nul pour immoralité. C'est celui qui a trait à la contrebande à l'étranger (5) ou à la préparation d'une révolution à l'étranger (6).

(1) Req. 31 mars 1931. G. P. 1931.1.489.

(2) Bourgoin, 4 juillet 1882. G. P. 82-83.2.40 ; Bordeaux, 20 fév. 1839. S. 1839.2.462.

(3) Paris, 15 mai 1925. D. H. 1925, p. 502 ; Lodève, 19 juill. 1911. G. P. 1911.2.368 ; Pau, 31 oct. 1901. La Loi, 19 nov. 1901.

(4) Paris, 22 fév. 1929. G. P. 1929.1.474 ; Seine, 18 juillet 1929. D. H. 1929.564 ; Paris, 8 nov. 1929. D. H. 1930.25. S. 1930.2.82 ; Amiens, 22 nov. 1922. D. H. 1930.112 ; Besançon, 11 fév. 1930. D. H. 1930.185 ; Req. 12 juill. 1932. G. P. 32.2.637.

(5) Paris, 22 juill. 1886. Journ. D. int. privé, 1887, p. 57 ; Brux., 17 fév. 1886. Ibid., 1887, p. 214 ; Douai, 11 nov. 1907. D. 1908.2.15. S. 1907.2.308 ; Alger, 20 fév. 1925. Clunet, 1926, p. 702. Pour la validité : Req. 28 mars 1928. D. H. 1928.287. S. 1928.1.305, note NIBOYER et Aix, 30 août 1883. S. 1884.2.161.

(6) Civ. Seine, 2 juill. 1932. D. H. 1932.502 ; Paris, 21 juin 1833. S. 1833.2.646. D. P. 33.2.183. (Dans l'espèce de cet arrêt, il s'agissait de traités passés au nom d'un prince français émigré et ayant pour objet l'armement de troupes destinées à servir contre le gouvernement français.)

Si une conclusion est permise après cette revue rapide de la jurisprudence des contrats immoraux, elle nous paraît être très nette : Qu'il s'agisse de protéger les droits inaliénables de la personnalité, la morale sexuelle, la morale professionnelle, ou les règles de l'honnêteté, les arrêts semblent prendre pour guide la morale chrétienne. On pourrait sans doute discuter en considérant isolément une ou deux décisions, mais si l'on examine leur ligne générale, on s'aperçoit qu'elle est la même aujourd'hui que dans l'ancien droit. Si l'on peut citer quelques points de la morale chrétienne dont on ne trouve pas trace d'application par les juges, c'est que ceux-ci n'ont à statuer que sur les cas qui leur sont soumis. Notre conclusion ne s'appuie pas sur le fait que toutes les règles morales sont appliquées par les tribunaux, mais sur la constatation suivante qui nous semble s'imposer : chaque fois qu'une convention est soumise à la jurisprudence, et qu'elle doit se prononcer sur sa moralité, tout se passe exactement comme si elle était guidée dans sa décision par la morale qui depuis vingt siècles régit notre société, celle qui est enseignée par l'Eglise.

Par comparaison avec la conception des bonnes mœurs dans la jurisprudence civile, la notion pénale apparaît donc comme un reste, le vestige d'un édifice bien plus vaste et qui s'est écroulé. Si l'on se demande d'où vient que parties du même point, les deux notions aient évolué différemment, il faut répondre, sans doute, que toutes les matières pénales sont de droit étroit, et surtout que la volonté du législateur s'est souvent manifestée de manière à ne laisser aucun doute sur la portée qu'il fallait conférer à la notion pénale des bonnes mœurs. En droit civil, au contraire, il a cru agir plus sagement en s'en remettant à

l'appréciation du juge. Celui-ci a usé de son pouvoir de la manière qui s'imposait : il s'est aperçu que si l'on voulait donner à la notion de bonnes mœurs quelque utilité, il était nécessaire d'élargir suffisamment son domaine. Pour tout dire simplement, les juges mis chaque jour en présence des réalités pratiques, ont bien vu que le dilemme était pressant : ou bien renoncer à introduire dans les obligations une notion morale quelconque, mais c'eût été alors consacrer l'injustice et protéger la spoliation, ou s'en remettre aux conceptions de l'ancien droit dont l'adaptation aux nécessités pratiques s'était révélée satisfaisante.

Est-il besoin d'ajouter que tout ce que l'on a pu dire sur une prétendue évolution de la notion de bonnes mœurs nous paraît être de pure fantaisie ? Les seuls arguments invoqués en général en faveur de cette opinion sont tirés des changements d'attitude de la jurisprudence au sujet de l'assurance sur la vie et du contrat de claque. Graves objections, en vérité ! En fait, si la notion de bonnes mœurs est restée immuable, quelques modifications ont pu se produire dans ses applications.

Le contrat d'assurance sur la vie des hommes était considéré par Portalis comme « contraire aux idées de la saine morale », mais c'est peut-être qu'à son époque de plus grande stabilité économique, il n'était pas inspiré par les préoccupations de sage prévoyance qui font aujourd'hui sa vogue. En y regardant de près, il semble bien que l'appréciation de la jurisprudence soit encore ici guidée par l'intention des contractants. A l'époque où parlait Portalis, ce contrat était peut-être pratiqué dans un esprit de spéculation peu recommandable. Qui soutiendrait qu'il en est de même aujourd'hui ? Or, scruter les intentions des contractants, et valider ou annuler leur convention suivant le but qu'ils

se sont proposé d'atteindre, en la réalisant. n'est-ce pas l'application la plus classique qui se puisse faire de la morale traditionnelle. Un raisonnement analogue pourrait être appliqué au contrat de claque s'il valait la peine qu'on s'y arrête.

Plus importante est la question de savoir quel est, en matière de bonnes mœurs, le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation. Abandonne-t-elle au juge la tâche délicate de qualifier les intentions des contractants contraires ou conformes à la morale ?

En droit pénal, il en fut tout d'abord ainsi. La Cour suprême, dont le rôle était d'assurer une bonne interprétation de la loi, estimait n'avoir pas à apprécier le caractère obscène ou immoral de l'écrit constitutif du délit d'outrage aux bonnes mœurs (1). Au contraire, il semble que, dès l'origine, la Cour de cassation, assimilant en matière civile la règle morale à une règle de droit, ait tenu à exercer sur elle son contrôle (2). La jurisprudence pénale s'est d'ailleurs assez rapidement ralliée à ce point de vue (3). Depuis lors, l'unanimité s'est maintenue, soucieuse d'assurer dans tous les domaines l'unité de la jurisprudence, la Cour de cassation apprécie, qualifie elle-même les faits, et leur applique le critérium moral que nous avons dégagé (4).

Tout ce que nous avons dit ne s'applique évidemment qu'aux conventions conclues selon la loi française. En droit international privé, la moralité du contrat s'apprécie selon

(1) Répertoire général Dalloz de législation et de jurisprudence v^o Cassation, nos 1224 et s.

(2) Req. 30 nov. 1826. S. 1826.1.468.

(3) Cass. crim. 14 mai 1857. D. 57.1.312.

(4) Req. 8 fév. 1853. D. 53.1.57 ; Civ. 22 déc. 96. D. 98.1.537 ; Req. 11 nov. 1912. D. 1913.1.105.

la loi du lieu où il est passé (1), sous réserve, bien entendu, au cas où il devrait être invoqué en France, que ses effets ne portent pas atteinte à l'ordre public français.

APPRÉCIATION DE LA JURISPRUDENCE.

Nous nous sommes contenté jusqu'ici d'exposer les solutions que la jurisprudence apporte à ce problème : Que faut-il entendre par bonnes mœurs ? Sa réponse, avons-nous dit, est : la morale chrétienne. Il est permis de se demander maintenant ce qu'il faut penser de cette attitude.

Nous soulignerons d'abord que ce traditionalisme de la jurisprudence, et pour tout dire, sa sévérité, ne lui sont reprochés par personne. Comprenons bien ce dont il s'agit. De nombreux auteurs critiquent les moyens techniques dont elle se sert pour arriver à ses fins. En particulier nous aurons l'occasion de rencontrer l'avis de certains juristes d'après lequel, la morale trouverait mieux son compte à une application stricte des règles de la nullité absolue sans admettre l'intervention de la maxime *nemo auditur*. Mais c'est là question de technique. Sur le principe lui-même, le silence est presque unanime, un silence qui vaut approbation. A première vue, cela peut étonner, et comme dit le doyen Ripert : « C'est un grand émerveillement de voir, dans une société où la débauche, le jeu, la corruption, la spéculation, l'enrichissement injuste sont regardés avec indulgence par l'opinion publique les tribunaux ne pas tolérer que de pareils mobiles puissent inspirer des conventions valables » (2). Et pourtant, cela est, et nul ne

(1) Colmar, G. P. 1937.1.862.

(2) RIPERT, *La règle morale*, 3^e éd., p. 78.

songe à s'en plaindre. C'est que le fossé est profond entre la conduite réelle de chacun et l'idéal que lui suggère sa conscience. C'est pourquoi, il y aurait moyen de tenter une conciliation avec les auteurs qui assignent pour critérium aux tribunaux, dans leur détermination des bonnes mœurs, l'idéal courant. Il ne nous semble pas, avons-nous dit en critiquant cette doctrine que la jurisprudence s'inspire de cet idéal pour guider ses décisions. Pour tout dire, elle s'en soucie peu. Son critérium est tout autre. Pourtant, à y bien songer, nous croyons que cette notion jurisprudentielle des bonnes mœurs qui diffère si peu de la morale chrétienne, et l'idéal courant, se rencontrent.

Cette affirmation va paraître sans doute hardie. Voici pourtant sur quoi se base notre affirmation : Si l'on écoute l'homme moyen parler de ses semblables et juger leur conduite, l'on est étonné de sa sévérité, de son intransigeance. Même les faits les plus courants, et qui sont, comme l'on dit « passés dans les mœurs », telles les relations sexuelles hors mariage, n'échappent pas à sa critique. Sans doute, lui-même a parfois manqué aux règles qu'il édicte ainsi, mais cela ne l'empêche pas de reconnaître in abstracto leur existence, et de blâmer la conduite de ceux qui ne les observent pas. Il nous semble que si l'on pouvait pousser l'observation assez loin, mais ce serait là œuvre de psychologue, on s'apercevrait que l'idéal de chacun et, par suite l'idéal courant, diffère très peu de la morale qu'impose l'Eglise catholique. Voilà pourquoi, sans doute, la sévérité de la jurisprudence rencontre une approbation quasi unanime.

Cette constatation n'est pas, toutefois, sans dérouter quelque peu. Depuis le temps que l'on proclame l'intangibilité des dogmes de laïcité et de libre pensée, comment

se fait-il que notre société soit encore si fortement imprégnée des principes canoniques ? Il existe d'autres systèmes moraux que celui de l'Eglise ; de plus anciens : la doctrine stoïcienne par exemple, ou celle d'Epicure, et aussi de plus modernes tels ceux de Kant et de Nietzsche, en attendant que les sociologues aient construit le leur. Nul cependant ne s'y arrête et il faudrait souligner encore l'« impossible séparation » de la morale et de l'Eglise. Cette solidarité, à y bien réfléchir, s'explique par deux raisons : d'abord, il n'est pas de morale plus profondément humaine, mieux adaptée à la nature de l'homme que celle imposée par l'Eglise, et surtout, cette loi morale a régi pendant si longtemps notre société — il serait plus juste de dire qu'elle l'a façonnée, construite — qu'il sera sans doute impossible de la lui faire jamais oublier.

Sur ce premier point, par conséquent, l'approbation est presque unanime. Nul ne conteste que la notion morale de la jurisprudence ne satisfasse aux besoins pratiques. Nous saisissons l'occasion de remarquer que les craintes manifestées par certains auteurs, au sujet des pouvoirs exorbitants conférés au juge par l'article 6 Code civ., n'étaient pas fondées. « Le pouvoir que les tribunaux tiennent ainsi de l'article 6 d'annuler les contrats, et autres actes des particuliers comme immoraux, est l'un des plus redoutables qu'ils aient reçu de la loi. Supposez-le exercé par des hommes passionnés, par des moralistes trop rigides, ou par des esprits sectaires, la liberté civile pourrait y sombrer », tel est l'avis de Planiol (1).

Cette idée est au fond celle qui guide tous les auteurs qui se rallient à la conception sociologique. Ils craignent

(1) PLANIOL, *Traité élém. Dr. civil*, t. I, n° 294.

l'excessive sévérité d'un criterium abstrait, ils craignent surtout que les juges n'en abusent, et ils pensent dresser contre cet arbitraire une barrière efficace en recourant à l'opinion publique. Il nous semble, et déjà nous l'avons remarqué, que ce n'est pas une garantie suffisante. Il n'est rien de plus flou qu'un sentiment collectif, et chacun peut l'interpréter à sa manière. Au contraire, la garantie est très forte contre un arbitraire excessif qui consiste à renvoyer le juge à un système moral très net, fortement établi et qui a fait ses preuves. La morale chrétienne a servi de guide au juge pendant tout l'ancien droit, sans que la liberté civile ait pour cela disparu. En fait, la jurisprudence continue à l'appliquer, et cela porte si peu atteinte aux libertés essentielles que bien des auteurs, pour n'y avoir pas regardé de près, ne s'en sont pas aperçus.

Nous ne nions pas, cependant, que certains arrêts ne puissent paraître parfois sévères, mais nous croyons qu'ils sont dans leur rôle. Ou bien il faut supprimer complètement les articles 6 et 1133, ou bien il faut accepter qu'ils dictent au juge une attitude parfois intransigeante. La demi-mesure n'est pas de mise en matière morale. Si on laisse une fissure s'établir dans le système, il ne tarde pas à faire eau de toutes parts, et à se perdre corps et biens.

RAPPORTS DE LA MORALE ET DU DROIT.

Il résulte donc de notre étude de la jurisprudence que les tribunaux font une assez large application des règles morales, par conséquent qu'ils les transforment en règles de droit. Est-ce à dire qu'à notre avis, la distinction traditionnelle entre la morale et le droit soit purement factice, et ne réponde à aucune réalité ? Nullement. Nous

croyons, au contraire, que la morale et le droit, s'ils sont liés par des rapports étroits, se distinguent nettement à plusieurs points de vue.

Il nous est impossible de nous rallier à l'idée d'un droit naturel, idéalement conforme à la nature humaine, et que le législateur devrait prendre pour guide. A quoi sert de défendre une idée dont les résultats sont si décevants ? Sans vouloir retracer une évolution de ce dogme du droit naturel, il est permis de rappeler que, depuis Grotius, sa conception s'est largement modifiée. Que ce soit, en France, avec Descartes, Montesquieu, tous les auteurs du *xvii^e* siècle, ou à peu près, puis, plus proches de nous, Beudant, de Vareilles-Sommières et Geny, enfin Colin et Capitant, en Allemagne avec Kant, puis Stammler, le contenu de la notion n'a pas cessé de varier. Quelle peut être la valeur directrice d'une doctrine dont les partisans les plus déterminés ne peuvent se mettre d'accord pour préciser les lignes générales ?

De même que les tenants du droit naturel, cependant, nous sentons très vivement le besoin de poser des directives à l'activité du législateur — nous sommes très éloigné de croire que tout ce qui est juridique est bon. Ces directives, il faut, à notre avis, les chercher dans la morale, et il est bien entendu que nous ne visons pas par ce mot quelque vague notion théorique, mais bien la morale chrétienne. Nous allons préciser en premier lieu sur quels points, à notre sens, le droit et la morale divergent. Il nous sera ensuite plus facile de montrer les rapports que nous concevons entre eux.

Leur domaine d'abord nous paraît différent. A ce sujet, plusieurs conceptions ont cours. La plus fréquemment admise par les juristes français se résume dans le mot de

Bentham : le droit et la morale sont deux cercles concentriques, mais qui n'ont pas le même rayon. Le cercle juridique, d'une plus petite surface, ne contiendrait que les devoirs de l'homme envers son prochain imposés par la justice, le cercle moral, au contraire, renfermerait les devoirs envers le prochain découlant de la charité, les devoirs envers soi-même, et les devoirs envers Dieu. Cette distinction se retrouve dans presque tous les cours professés aujourd'hui, et mérite bien par là le nom de théorie classique que le doyen Ripert lui donne (1). Nous ne croyons pas, cependant, qu'elle soit exacte. Il n'est pas de l'essence du droit de ne sanctionner que les devoirs de justice envers autrui, la preuve, c'est qu'à certaines époques, le droit a interdit les mutilations volontaires, consacrant ainsi un devoir envers soi-même, ou a érigé le blasphème en délit, introduisant ainsi dans le droit un devoir envers Dieu. En outre, cette distinction entre justice et charité est elle-même tout artificielle : charité d'aujourd'hui, justice de demain, et il n'est pas toujours facile de préciser à quel moment on passe d'une catégorie dans l'autre.

Relativement au domaine de la morale et du droit, une autre théorie connaît une certaine faveur : elle consiste à dire que le droit ne s'occupe que des actes, tandis que la morale ne régirait que les intentions. Ce système, qui semble être adopté par M. Cornil (2), nous paraît dériver nettement de la théorie de Kant. Ce dernier, en effet, s'exprime ainsi : « Pour qu'une action soit légale, il suffit qu'elle soit conforme à la loi, quel que soit d'ailleurs son mobile ; mais, pour qu'elle soit morale, il faut en outre

(1) RIPERT, *Règle morale*, p. 10.

(2) G. CORNIL, *Le droit privé*.

qu'elle ait pour mobile l'idée du devoir que prescrit la loi (1). »

Certains auteurs (2) ont remarqué qu'il y avait dans cette formule une contradiction avec la notion de l'impératif catégorique tel qu'il est énoncé dans la « Raison pratique » : « Agis de telle sorte que la maxime de ton action puisse toujours valoir en même temps comme principe de législation universelle. » La « maxime de l'action », dans la terminologie de Kant désigne le mobile. Donc, l'impératif catégorique gouverne, non pas l'action, mais son mobile. Comment comprendre dès lors que l'impératif juridique, qui est compris dans l'impératif général ou catégorique, ne s'occupe que des actes, et se désintéresse de leurs mobiles ?

Indépendamment de ce point particulier, nous pensons que le critérium proposé ne correspond pas exactement à la réalité. Il est des cas où le droit s'occupe des intentions. Nous en avons rencontré un, en étudiant les effets de complaisance, et la distinction faite par la jurisprudence entre bons et mauvais effets de cette sorte. De même, nous avons remarqué que les décisions relatives aux contrats de fourniture à des maisons de tolérance semblaient aussi s'y référer. D'une manière générale, il faut dire que la théorie de la cause impulsive et déterminante qui pénètre chaque jour, un peu plus dans la jurisprudence est fondée sur une recherche d'intention. En outre, le Code pénal, dans son article 2 décide que « toute tentative de crime qui aura été manifestée par un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue, ou si elle n'a manqué son effet que par

(1) KANT, *Doctrines du droit*. Trad. Barni, p. 26.

(2) Voyez notam. : Raymond VOIZE, *Kant philosophe du droit*, p. 7 et s. ; René CAPITANT, *L'impératif juridique*. Thèse Paris, 1928, p. 190 et s.

des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur est considérée comme le crime même ».

Dans l'ensemble pourtant, cette distinction entre le droit et la morale d'après leur objet ne nous paraît pas très éloignée de la réalité. Si le droit s'occupe parfois des intentions, ce n'est qu'à titre exceptionnel, et lorsqu'elles se sont manifestées d'une manière quelconque. Il est en effet infirme sur ce point, le juge ne pouvant « sonder les reins et les cœurs ». Ce qu'il faudrait dire, par conséquent, c'est que dans leur domaine, il n'y a, entre droit et morale qu'une différence de degré. La morale a un champ illimité ; il n'est pas d'acte, si minime ou si caché soit-il, il n'est pas d'intention si secrète qu'ils lui échappent, on peut dire que son domaine est aussi vaste que celui de l'activité humaine, sur quelque plan qu'elle s'exerce. Le droit, au contraire ne s'occupe de l'intention que dans des cas relativement rares. En outre, il s'en faut de beaucoup qu'il régie tous les actes. Un grand nombre d'entre eux lui sont complètement indifférents.

S'il n'y a, entre droit et morale qu'une différence de degré, en ce qui concerne le domaine, dans leurs buts, au contraire, ils sont nettement distincts. Nous nous heurtons cependant, ici encore, à une conception traditionnelle qu'il nous faut examiner. Elle part d'une distinction, justifiée à notre sens, entre la morale individuelle et la morale sociale. Celle-ci comprenant les règles qui concernent les rapports de l'homme avec ses semblables. Les partisans de ce système traditionnel raisonnent ainsi : Légiférer, c'est régir les rapports des individus sur la base de la justice. Que fait la morale sociale sinon poursuivre le même but ? Donc la morale et le droit, dit-on, ont la même

fin (1). Et de conclure qu'il y a subordination du législateur au moraliste, du droit positif à la morale. La difficulté est alors de les différencier. Les tenants de cette conception y parviennent de la manière suivante : la morale disent-ils, n'est susceptible d'édicter que des principes généraux de valeur universelle. Le droit se charge de les appliquer aux situations concrètes de la vie sociale et de leur donner une sanction.

Il est aisé aux adversaires de cette doctrine, au premier abord séduisante, d'y relever des inexactitudes. Il s'en faut que toutes les règles juridiques soient l'élaboration concrète d'un précepte moral. Quel rapport, par exemple, y a-t-il entre un texte fixant le délai d'une prescription et quelque principe éthique ? et surtout, comment soutenir que la morale est seulement une science de principes et ne peut descendre dans le domaine des réalités ? En fait, elle est, avant tout, une science pratique, très attachée aux réalités concrètes, et qui tient une directive, par suite une appréciation, prête à s'appliquer aux moindres de nos activités intellectuelles ou matérielles. Il faudrait donc conclure, pour rester dans la ligne du système critiqué, que la morale absorbe tout le droit.

Le plus grave défaut de cette doctrine à notre sens, est la fausseté de son point de départ : d'après lui, la morale et le droit auraient la même fin. Il nous semble au contraire, que le but de ces deux sciences est le point crucial de leur distinction. On peut exprimer d'un mot cette divergence : le droit tend à créer une harmonie sociale ; la morale, même la morale sociale, se préoccupe d'abord

(1) DELOS, *Le problème des rapports du droit et de la morale* dans *Archives de philos. du droit et de sociologie juridique*, 1933, p. 84.

du perfectionnement individuel. C'est seulement à travers l'homme qu'elle atteint la société. L'on pourrait dire encore que le droit est la règle du groupe social, en ce sens d'abord que cette règle, le groupe se la donne à lui-même, en ce sens aussi qu'il en est la fin, le droit cherchant à réaliser le bien commun. Au contraire, la morale est la loi de l'individu. C'est en lui-même qu'il en trouve le fondement, c'est à son développement qu'elle tend.

C'est donc le but seul de la règle qui distingue essentiellement la morale du droit. Ils diffèrent encore cependant, mais de façon moins nette au point de vue de la sanction. Certains auteurs ont pensé que c'était là le point capital, le droit étant muni d'une sanction, la morale n'en comportant pas. Il semble que le doyen Ripert se rallie à cette opinion lorsqu'il dit : « La règle morale devient règle juridique, grâce à une injonction énergique et à une sanction extérieure nécessaire pour le but à atteindre » (1). C'était aussi l'avis de Gény et de Duguit. A y regarder de près, on s'aperçoit pourtant que cette opinion ne repose pas sur un fondement solide.

Il n'est pas de l'essence du droit d'être sanctionné. Qu'on se rappelle le système romain de la *lex imperfecta*, simple impératif non doublé de coercition. Qu'on envisage même certains textes modernes, tel le décret-loi du 30 oct. 1935, modifiant le régime de la transcription. Il édicte des règles sans rien prévoir qui contraigne à les suivre : les actes sous seing privé, pour être transcrits, doivent désormais avoir été déposés au rang des minutes d'un notaire dans les trois mois de leur signature, mais aucune sanction n'est prévue pour le cas où le conservateur accepterait un

(1) RIPERT, *Règle morale*, 2^e éd., p. 11.

acte n'ayant pas satisfait à cette exigence, ou y ayant été tardivement soumis. De même l'art. 13 nouveau de la loi du 23 mars 1855 décide, en ce qui concerne la plus grande partie des actes, qu'ils doivent être transcrits dans les quatre mois de leur enregistrement. Aucune sanction n'est prévue pour le cas où ce délai serait dépassé. Le conservateur devra-t-il refuser la transcription ? La loi ne le dit pas, et il est difficile de l'admettre, car on se trouverait alors en présence d'actes « à la fois sujets à transcription, et cependant insusceptibles d'être transcrits » comme dit le doyen Josserand. Dans un autre domaine, que l'on songe au droit international public, on y rencontre encore des principes bien établis, mais leurs sanctions sont restées jusqu'ici lettre morte.

Si la grande majorité des impératifs juridiques comportent une sanction, il n'y a cependant pas là de quoi les distinguer des impératifs moraux. Ce serait une erreur de croire que ces derniers en soient privés. Sans doute, les règles morales comportent une sanction différente de celle du droit, mais elle n'en existe pas moins, et très forte parfois, M. Durkheim lui-même en convient : « S'agit-il de maximes purement morales ? La conscience publique contient tout acte qui les offense par la surveillance qu'elle exerce sur la conduite des citoyens, et les peines spéciales dont elle dispose (1). »

Les sanctions attachées à la loi morale sont en réalité de trois sortes : c'est d'abord celle dont parle Durkheim et que nous appellerons sanction sociale. L'opinion publique juge et n'hésite pas à condamner les actes qui sont contraires à son idéal moral. Nous avons montré, qu'à notre avis, l'idéal

(1) DURKHEIM, *Règles de la méthode sociologique*, 8^e éd., 1927, p. 7.

moral courant ne différerait guère de la morale catholique, au moins en tant qu'il est utilisé par les individus pour juger leurs semblables. Toute activité contraire à la morale catholique entraînera donc, à l'encontre de son auteur, un blâme tacite ou non, un certain mépris. Au contraire, la sympathie du milieu, l'admiration même, à un degré plus élevé, seront acquis à celui dont l'activité se conformera aux règles morales. C'est déjà une sanction non négligeable si l'on tient compte de l'importance généralement accordée au qu'en dira-t-on, et de la nécessité où chacun se trouve d'entretenir des relations avec ses semblables.

Sanction encore que le jugement de la conscience, et quelquefois énergique. Le remords consécutif au crime est parfois plus pénible que ne serait le châtiment des hommes. En revanche, le satisfecit accordé par la conscience après l'accomplissement du devoir, paraît à certains la meilleure récompense.

Il est d'autres répercussions de l'attitude prise envers les règles morales, ce sont les conséquences qu'elles comportent dans l'ordre matériel. La règle morale étant édictée en vue du développement optimum des facultés de l'individu, lorsqu'elle est violée, tous les compartiments de la personnalité en subissent les conséquences. D'une part, c'est le sentiment auquel l'individu ne peut échapper d'avoir réalisé un acte contraire à sa fin, un acte qui le diminue à ses propres yeux, le rend un peu moins homme, et qui se révèle par la voix de la conscience, mais ce peut-être aussi une répercussion dans l'ordre physiologique ou économique, les dicta de la morale chrétienne étant inspirés des besoins de la nature. Nous n'en citerons qu'un exemple : Il est une règle morale qui impose à l'homme dans le mariage de reproduire l'espèce. « Croissez et multipliez ». Aucune con-

sécration juridique ne peut la sanctionner, mais les conséquences naturelles que comportent sa violation sont si graves qu'on ne saurait y ajouter : elle a précipité la chute de l'empire romain, elle menace aujourd'hui très gravement l'empire français.

Comment soutenir, dans ces conditions, que les impératifs moraux sont purement platoniques ? Ils sont liés, au contraire, à un enchaînement de conséquences plus inéluctable que ne l'est la sanction juridique. Il est plus facile d'échapper à la justice des hommes qu'au remords qui accompagne le crime, qu'aux infirmités qu'entraîne la débauche.

En outre, pour tous ceux, dont nous sommes, qui lient la règle morale à un système religieux, il existe une sanction infiniment supérieure dans sa qualité et dans son intensité à toutes celles qui viennent d'être citées : c'est la vie future.

Il ne faut pas oublier d'ailleurs que s'il y a sanction en matière morale comme en matière juridique, elle ne joue pas le même rôle dans l'un et l'autre cas. La punition ou la récompense qui accompagne la règle de droit a une double fonction : D'abord tenir lieu d'équivalent à la peine qu'a entraîné, pour le sujet de droit, la soumission à la règle, ou pour la souffrance qu'il s'est épargnée en la violant, ensuite, rôle préventif, servir, pour la punition d'épouvantail, pour la récompense d'appât, devant faire impression sur ceux qui se trouveront dans l'avenir soumis à la même loi. Dans le domaine moral, au contraire, seule la fonction d'équivalent pour la peine subie ou la souffrance épargnée est à envisager. Le rôle préventif ne saurait être pris en considération, car la règle morale régit les intentions, et faire le bien en vue d'une récompense ou

pour échapper à un châtement est une action sans valeur morale. Cela revient à dire que la sanction juridique possède une double fin : répression individuelle et défense sociale, alors que cette dernière préoccupation est étrangère à la morale.

A cette différence dans la nature des sanctions s'en ajoute une autre dans son origine. Le droit, avons-nous dit, est la loi du groupe, c'est lui qui l'établit, c'est de lui qu'émane la sanction contre quiconque la viole. La récompense, ou le châtement sont, en somme un acte, par lequel la société manifeste sa supériorité sur chacun de ses membres. La morale est la loi de l'individu, ou, plus exactement de la nature de l'homme. C'est elle, disent les uns, son Créateur dirions-nous, qui veille à son observation.

La démarcation étant ainsi soigneusement établie entre les deux sortes de règles, toute pensée de subordination de l'une à l'autre étant, de notre part, écartée, il n'en faut pas moins préciser qu'il existe, entre droit et morale, des rapports étroits, et qu'il devrait en exister de plus étroits encore.

Traçons d'abord le tableau idéal, quitte à y apporter ensuite les retouches qu'impose la réalité.

Une collaboration très étroite devrait exister entre les deux sortes de règles : le législateur doit agir en vue du bien commun, de l'intérêt général. Mais, où chercher la définition de ces notions, sinon dans la morale sociale ? Le bien est, à n'en pas douter, une notion morale, ce n'est pas parce qu'on l'applique à une collectivité qu'il change de nature. Avant d'être législateur, il faut donc à notre avis être un peu moraliste, mais seulement pour se fixer, se définir le but à atteindre : le bien commun.

A un autre point de vue encore, la morale vient en aide

à la règle de droit : elle ajoute son jussus à l'impératif juridique : elle fait à chacun un devoir d'obéir à la loi de la société dans laquelle il vit, non pas, il est vrai, parce qu'elle tend à l'harmonie sociale, mais seulement parce qu'il est contraire au bien moral de l'individu de s'élever contre le bon ordre social. Cela n'enlève rien d'ailleurs à l'efficacité de la collaboration.

Il est certain toutefois que ce jussus moral n'existe qu'à une condition : c'est que le contenu de la règle de droit soit orienté vers le bien commun. Dans le cas contraire, la règle morale, loin d'y collaborer, délie les consciences individuelles du devoir d'obéissance. Il n'y a pas là cependant une véritable exception au principe de collaboration. Sauf les positivistes juridiques, personne n'a soutenu qu'il suffisait d'un impératif social pour composer une règle de droit. En réalité, il est aussi de l'essence du droit d'être édicté en vue de l'intérêt social. Nous pensons donc que la règle contraire au bien commun, même empruntant la forme de l'impératif du droit, n'est pas une règle juridique. Lors donc que la morale permet d'y désobéir, elle n'est pas, en réalité, en opposition avec le droit. Bien plus, c'est à notre avis un hommage qu'elle lui rend.

D'une autre manière encore, la coordination se manifeste : le droit tend au bien commun, mais la première condition d'une bonne société n'est-elle pas d'être composée de bons membres ? C'est précisément leur perfectionnement qui est le but de la morale. A ce titre, elle se montre encore un auxiliaire précieux du droit. Il ne faudrait pas toutefois qu'entrant par trop dans ses vues, elle n'identifie le bien moral avec un certain ordre juridique. Si nous l'avons bien compris, c'est contre cet état de choses qu'il croît rencontrer dans la religion actuelle, que

s'élève M. J. Benda, la dénonçant comme « la trahison des clercs ». C'est en tous cas cette tendance de Maurras à ne voir dans l'Eglise catholique que le soutien d'un certain ordre social, qui a motivé sa condamnation.

Nous n'avons envisagé jusqu'ici que l'aide apportée par la morale au droit. L'influence réciproque n'est pas moins certaine, et cela à deux points de vue.

D'une part, il n'est pas de société qui ne se trouve obligée d'incorporer dans sa loi quelques principes moraux. A peine de périr, il lui faut proscrire le meurtre, à peine de se dégrader rapidement, elle doit interdire l'inceste, l'atteinte à la morale familiale, l'homosexualité, etc..., à peine de s'interdire tout commerce, il lui faut consacrer les règles de l'honnêteté ; punir le vol, l'escroquerie, la fraude, etc... Ces règles munies de sanctions, s'imposent à tous les membres du groupe. Il faut se rappeler toutefois que ces obligations ne sont nullement édictées dans un esprit de moralité. La société les consacre, parce qu'elle les estime nécessaires à sa vie ou utiles à son complet développement. Il n'y a donc pas coïncidence entre la règle morale et la règle de droit, bien que les dicta soient identiques, mais nous disons qu'il y a cependant collaboration et voici pourquoi : Il faut, pour mieux comprendre le mécanisme, envisager un cas extrême : une société dont les membres, au cours de leur activité, ne sont pas inspirés du tout par la règle morale. Que se passe-t-il ? Ils respectent cependant la loi du groupe, d'abord par crainte de la sanction, à un stade supérieur parce qu'ils s'aperçoivent qu'il est de leur intérêt de s'imposer le sacrifice qu'elle comporte : cela rend la vie plus agréable, facilite les échanges etc... Enfin, une dernière étape peut être franchie la règle juridique est respectée, parce qu'elle est jugée

bonne, en elle-même, indépendamment de ses conséquences pratiques. L'individu faisant alors le bien pour lui-même est passé du plan juridique dans celui de la morale. Cette évolution n'est pas inéluctable, le plus souvent, elle s'arrête au second stade, tout au moins aide-t-elle l'individu à s'élever jusqu'au plan moral.

Non seulement un ordre juridique bien établi oriente les individus vers les notions morales, mais il crée le climat susceptible de favoriser leur développement. Si supérieur que soit l'homme, par les possibilités de son esprit, aux contingences matérielles qui l'entourent, il dépend d'elles cependant dans une large mesure. En tous cas, pour parvenir à son plein épanouissement, il lui faut être entouré d'un certain ordre qui serve comme de support à son développement, à ses activités spirituelles. C'est même la raison essentielle qui justifie l'existence de la société. Sans être partisan de la théorie du contrat social, il est permis d'admettre que si l'homme conserve ce mode de vie, se plie à ses exigences, c'est à cause des avantages qu'il lui procure, c'est-à-dire du plus complet développement auquel il lui permet d'atteindre.

Nous pouvons donc conclure que le droit et la morale doivent collaborer et se compléter. De même qu'il ne peut y avoir de bonne société sans membres de qualité, à défaut d'ordre social, pas de développement des valeurs humaines.

Par malheur, cette collaboration parfaite avec la loi morale est de moins en moins à la mode. Le législateur se rend bien compte qu'il lui faut, dans son activité, s'inspirer de quelques notions supérieures. Il n'est, pour s'en assurer, que d'écouter les invocations à la justice qui précèdent le vote du moindre texte législatif. Mais là s'arrêtent ses velléités. Jamais une étude approfondie des répercussions

que pourra présenter un texte nouveau n'est entreprise, jamais une véritable recherche de ce que demanderait le bien commun n'est faite (1).

Comment ces recherches et ces études seraient-elles possibles d'ailleurs ? Il devient de plus en plus exact de dire que le droit est l'expression des intérêts qui ont triomphé. Plus que jamais, aujourd'hui, il est le résultat d'une lutte. Pour s'en convaincre, il n'est que de considérer, non seulement la teneur, mais le nombre de lois et de décrets qui sont tombés drus sur la France depuis quelque trois ans. Que reste-t-il de la maxime énoncée par Portalis « Les lois se font avec le temps, à proprement parler on ne les fait pas ». Hélas, si, on les fait aujourd'hui : et même en grande série, dans la technique législative comme dans l'industrie, le travail à la chaîne ayant remplacé celui de l'artisan. Il serait excessif de dire que le résultat est très heureux « La législation devient hermétique à force de complexité, et le sujet se demande avec inquiétude, car il est censé ne pas ignorer la loi, s'il peut agir alors que tant d'actes sont défendus, s'il peut ne rien faire alors que tant d'actions sont obligatoires (2).

Il ne saurait en être autrement dans une société où la fonction législative a perdu toute sa majesté : elle n'est plus regardée, et avec quelque raison que comme un instrument de domination, le tout est de s'en emparer. Il n'est guère besoin de remarquer que domination et harmonie sociale ne sont pas synonymes.

Si donc le premier aspect de la collaboration entre droit

(1) Voir sur les critiques à la législation moderne : *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, par G. RIPERT.

(2) RIPERT, op. cit., p. 28.

et morale est négligé : l'adoption, pour idéal, par le droit, de ce que la morale lui révèle être le bien commun, que peut-il advenir des autres ? Ils n'ont cependant pas disparu. D'une part, il arrive que les dispositions nouvelles se trouvent par accident, coïncider avec le bien commun. La collaboration peut alors se maintenir. D'autre part, si active que soit la machine législative, elle n'a pas encore eu le temps de détruire, dans son ensemble, l'œuvre des siècles précédents. Le fond du droit civil reste ce que l'a fait l'adaptation lente et réfléchie de la jurisprudence travaillant sur des textes raisonnés.

Dans ces conditions, le tableau que nous avons d'abord tracé des rapports entre droit et morale, n'est pas purement théorique. Il correspond d'autant mieux à la réalité que la législation moderne s'applique moins, et bien souvent les textes qui la composent ont une vie éphémère. C'est la rançon de leur brusque éclosion « Le temps respecte peu ce que l'on fait sans lui ».

En étudiant ces rapports de la morale et du droit, l'on est amené à se demander si l'on ne pourrait pas se passer du droit, si la morale, universellement observée ne pourrait y suppléer. Cette question, croyons-nous comporte une double réponse : dans l'état actuel de l'humanité, la nécessité du droit est absolue, dans toutes les sociétés, même les plus parfaites, on est obligé d'y avoir recours.

Théoriquement, cependant dans l'hypothèse où chacun réglerait sa conduite sur la seule morale individuelle et sociale, le droit n'aurait rien à faire. De Mandeville a envisagé cette situation dans son pamphlet intitulé « la Ruche bourdonnante, où les fripons devenus honnêtes gens » traduit en français sous le nom de « fable des abeilles ». Il imagine une société à laquelle les dieux auraient soudain

accordé l'honnêteté : « le barreau fut dépeuplé : les débiteurs acquittaient volontairement leurs dettes sans excepter celles que leur créancier avait oubliées. S'élevait-il quelque difficulté ? Ceux qui avaient tort restaient modestement dans le silence... » (1).

Une hypothèse doit être maintenant envisagée. La morale — et nous entendons l'éthique chrétienne — ne doit-elle pas être considérée comme le terme auquel doit tendre l'évolution du droit ? L'affirmative a paru s'imposer à beaucoup de juristes qui, de bonne foi, ont envisagé la question. Nous en prendrons pour témoignage ces mots de M. Draghicescu : « Il y a dans l'éthique chrétienne, et dans les dogmes essentiels de la doctrine chrétienne, l'anticipation admirablement précise et exacte des lois définitives, et par suite immuables, des sociétés humaines, de ce que nos lois juridiques deviendront à la fin de leur évolution, c'est-à-dire l'équivalent effectif des lois scientifiques qui constituent l'ordre de la nature » (Draghicescu, Professeur à l'Université de Bucarest : droit, morale, religion, Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, p. 244).

RAPPORTS ENTRE ORDRE PUBLIC ET BONNES MŒURS.

Cette conception des relations entre le droit et la morale nous paraît être de nature à procurer une solution à la question des rapports entre ordre public et bonnes mœurs.

(1) La thèse de MANDEVILLE, par ailleurs est connue : les vices de chacun sont utiles à la prospérité générale. Une société vertueuse périclité, et, perdant de sa force, est bientôt réduite à néant par des voisins dynamiques. Thèse qui ne semble pas corroborée par les faits.

La difficulté qui se présente est celle-ci : y a-t-il là deux notions bien distinctes qui mènent une vie parallèle ? Au contraire, l'une des deux notions n'est-elle qu'une partie de l'autre. Dans ce cas, quelle est l'absorbante et quelle est l'absorbée ?

Il nous paraît utile de rapprocher, à ce point de vue, les solutions du droit français, et celles des droits allemand et anglais.

En stricte logique, quelle est, pour le droit français interne, la solution qui s'impose ? Cela dépend évidemment de la conception que l'on se fait de l'ordre public. D'une manière générale, on peut dire que le droit français interne considère comme étant d'ordre public un ensemble de règles et de principes dont la violation porterait atteinte à la bonne organisation sociale. Les bonnes mœurs rentrent-elles dans cette catégorie ? A notre avis cela est certain. En voici la raison : Le but du droit, avons nous dit, est l'harmonie sociale, le but de la morale, le perfectionnement individuel. Mais il est certaines règles de morale que le droit s'approprie et s'intègre. Pourquoi agit-il ainsi ? parce qu'il considère que l'observation de ces règles est nécessaire, indispensable, à l'harmonie sociale. Leur violation, par conséquent, serait de nature à porter atteinte au bon ordre. Concluons que lorsque les tribunaux appliquent une règle morale, la transformant ainsi en une règle de droit, ils en font une maxime d'ordre public. Nous croyons devoir affirmer, par conséquent, que la notion de bonnes mœurs n'est et ne peut être qu'un des compartiments de la notion plus vaste d'ordre public. Une remarque est nécessaire ici, pour éviter toute confusion. Nous ne disons pas que la morale, la morale chrétienne soit d'ordre public en droit français. A

notre sens la morale est une chose, le droit en est une autre, mais nous pensons que les règles empruntées par la société à la morale pour en faire des règles de droit, deviennent nécessairement des règles d'ordre public.

L'on pourrait, il est vrai, objecter que, dans ces déductions, nous nous préoccupons assez peu de l'opinion du Code. Celui-ci semble faire une distinction bien nette. Que ce soit l'art. 6 qui parle des « lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs » ou l'art. 1133, aux termes duquel est illicite la cause « contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ». Il n'y a pas lieu d'attacher une importance trop considérable à ces textes. D'une part, il ne semble pas que les rédacteurs aient eu sur ces notions des idées bien précises. Rien dans les travaux préparatoires ne le laisse supposer. D'autre part, la jurisprudence ne s'y arrête pas. Dans les arrêts, la confusion est constante : telle convention, annulée parfois comme contraire aux bonnes mœurs, le sera ensuite pour non conformité à l'ordre public, ou tout simplement un seul et même acte sera dit « à la fois contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public ». Mais il n'y a pas que cette question de terminologie. L'attitude de la jurisprudence conforme aux idées que nous avons exposées ressort plus nettement encore du fait que les arrêts se comportent vis-à-vis de la notion de bonnes mœurs, exactement comme en face de celle d'ordre public, et cela à deux points de vue. D'abord la Cour de cassation exerce son contrôle sur l'une comme sur l'autre. En outre, elle considère que les bonnes mœurs, comme l'ordre public, ne sont pas délimitées par les textes.

Nous avons déjà précisé que de longue date, la jurisprudence était fixée en ce sens que les juges du fait n'ont pas

le pouvoir souverain pour décider si une convention est ou non contraire aux bonnes mœurs. Ils apprécient les faits de la cause, mais la Cour de cassation se réserve le droit de les qualifier. Sur ce point, identité complète entre les faits contraires aux bonnes mœurs, et ceux contraires à l'ordre public.

Il y a eu plus de difficultés pour savoir si chacune de ces deux notions pouvait être étendue en dehors des cas prévus par la loi. C'est Huc qui a défendu le point de vue restrictif par rapport aux bonnes mœurs. Nous avons étudié le système et sa réfutation. Aujourd'hui, il n'y a plus le moindre doute, la notion de bonnes mœurs déborde largement les cas prévus par les textes. Il en est de même des autres aspects de l'ordre public. Cela toutefois a été plus longuement discuté : la question n'a été définitivement tranchée que par un arrêt récent de la Chambre civile (1) : « Il résulte des termes de l'art. 1133 du Code que la cause est illicite quand elle est contraire à l'ordre public, sans qu'il soit nécessaire qu'elle soit prohibée par la loi. » Ce résultat une fois acquis, aucune différence n'existant plus entre le comportement juridique des bonnes mœurs et celui de l'ordre public, on peut penser que ce sont deux aspects d'une même notion. C'est bien ce qui résulte de la terminologie des arrêts. Certains auteurs, cependant, et notamment M. Hémard, tout en reconnaissant qu'en droit positif il n'y a pas de doute possible, les bonnes mœurs sont un aspect de l'ordre public, regrettent qu'il en soit ainsi et critiquent la jurisprudence.

D'après M. Hémard : « Les cas où l'ordre public est atteint résultent de la loi, les cas où les bonnes mœurs sont vio-

(1) Civ. 4 déc. 1929. S. 1931.1.49.

lées, résultent, au contraire, de l'observation de la vie sociale, donc des faits. En conséquence, au point de vue de la sanction, la Cour de cassation exercera son contrôle sur la notion d'ordre public, la Cour de cassation, au contraire, n'aura pas à exercer son contrôle sur la notion de bonnes mœurs, il s'agit d'une constatation de fait et non pas d'une constatation de droit. » Cet auteur pense donc que l'origine des bonnes mœurs n'est pas la même que celle de l'ordre public, et que par suite, la sanction doit aussi différer. Cette conclusion, à notre avis, repose sur un point de départ inexact. « Les cas où l'ordre public est atteint résultent de la loi, les cas où les bonnes mœurs sont violées résultent de l'observation de la vie sociale ». Sans doute M. Hémarde veut-il dire, la notion d'ordre public est fixée par la loi, la notion de bonnes mœurs par l'observation de la vie sociale, car « les cas » où l'un et l'autre sont atteints ne résultent de rien, si ce n'est d'un acte de la volonté humaine, et qui leur est contraire. Or, dire que la notion d'ordre public est fixée par la loi, c'est, avons-nous vu, inexact aujourd'hui. Dire que la notion de bonnes mœurs est fixée par l'observation de la vie sociale est aussi une erreur. Il n'y a pas de règle de droit qui résulte de l'observation de la vie sociale. La notion juridique de bonnes mœurs a simplement pour origine le fait que la jurisprudence s'est emparée de règles morales, les a munies d'une sanction juridique, et surtout les oriente vers l'intérêt social. Dans ces conditions, la notion semble tout à fait apte à être incorporée dans celle d'ordre public. Nous pensons donc que la jurisprudence est dans le vrai en sanctionnant de façon analogue les deux sortes de règles.

Droit allemand.

Au premier abord, le Code civil allemand semble prendre le contre-pied de la notion que nous avons défendue : nulle part, il n'y est question de l'ordre public. En revanche, une large place est faite à la notion de bonnes mœurs.

Nous avons déjà dit dans quelles circonstances, à la suite de quelles discussions, les mots ordre public qui figuraient à l'article 106 du premier projet ont été supprimés, on craignit l'arbitraire du juge, et que sous couvert des principes théoriques qui constituent l'ordre public, il ne fit triompher des idées sociales ou politiques personnelles plus ou moins subversives. Il est évident toutefois que l'on ne pouvait laisser sans protection tous les principes généraux qui servent de fondement à l'ordre social. Il fallait les mettre hors de l'atteinte des conventions privées. On pensa obtenir ce résultat, grâce à la notion de bonnes mœurs, le tout était d'entendre celle-ci de façon suffisamment large pour qu'elle couvre non seulement la moralité privée, mais aussi la moralité publique. C'est dans ce sens que se prononcèrent les représentants des gouvernements devant la commission du Reichstag. C'est dans cet esprit que le texte fut voté en séance plénière après qu'un amendement tendant à revenir à l'article 106 primitif eût été repoussé.

Dans ces conditions, peut-on parler d'opposition avec la conception du droit français ? Il n'y a à vrai dire qu'une simple opposition de terminologie. Si l'on va au fond des choses, que trouve-t-on comme contenu des deux expressions ? D'une part, en droit français, sont d'ordre public un ensemble de règles et de principes dont la violation porterait atteinte à la bonne organisation sociale, et les

bonnes mœurs sont les règles empruntées par le droit à la morale et qu'il consacre comme indispensables à l'harmonie sociale. Elles sont donc une partie de l'ordre public. D'autre part, d'après le B. G. B., les bonnes mœurs ont un double domaine : 1^o certaines règles de morale privée consacrées par le droit comme nécessaires au bien commun ; 2^o ce que l'on peut appeler certaines règles de morale publique, c'est-à-dire l'obligation de respecter certains principes de droit public ou de droit privé, dont l'inviolabilité est considérée comme nécessaire à l'harmonie sociale. Si l'on fait de part et d'autre la somme des facteurs, le résultat n'est-il pas identique ?

Sans doute, quand il s'agira de déterminer quel sera le contenu de chacune des notions, les criteria seront quelque peu différents, en principe tout au moins, mais au point de vue qui nous occupe et qui est de savoir quels sont les rapports entre ordre public et bonnes mœurs, cela n'influe nullement. En fait, la conclusion qui s'impose est qu'en droit français comme d'après le B. G. B., ordre public et bonnes mœurs ne sont que deux applications du même principe à savoir que le droit a pour mission de faire respecter toutes les règles nécessaires à la bonne organisation sociale.

Droit anglais (1).

Pour corroborer cette conclusion d'après laquelle la règle morale fait partie de l'ordre public, il nous semble utile d'examiner l'attitude du droit anglais vis-à-vis du con-

(1) Pour cette étude, de larges emprunts ont été faits aux traités classiques, notamment : POLLOCK'S, *Principles of the contract* ; JENKS, *A digest of English civil law* ; ANSON, *Law of contract* ; SALMOND and WINFIELD, *Law of contracts* ; HALSBURY, *v^o Contract (Laws of England)*.

trat immoral. Le cas du droit allemand pourrait-on dire, n'est guère probant, la confusion de l'ordre public et des bonnes mœurs y est systématisée, c'est un résultat voulu par les rédacteurs du texte. Rien ne prouve que leur opinion soit la bonne, et que leur solution conduise à des résultats heureux. Au contraire, nous allons voir que le droit anglais, qui n'est nullement parti d'une idée préconçue, se trouve arriver à des solutions analogues. S'il en est ainsi, le droit anglais étant guidé par les nécessités, c'est sans doute, que l'intégration des bonnes mœurs dans l'ordre public est inéluctable.

La loi du contrat n'ayant pas été codifiée en Angleterre, la terminologie, en ces matières, n'est pas très précise. Il nous est impossible de nous en tenir à l'étude de ce que la doctrine, ou même les Cours, appellent « immoral contract ». Tantôt, en effet, cette expression désigne seulement les conventions contraires à la morale sexuelle, tantôt au contraire, elle est utilisée dans un sens plus large : celui de contrat portant atteinte à l'une quelconque des règles de moralité.

Pour avoir une vue d'ensemble du sujet, il faut examiner toute la catégorie des « unlawfull agreements » ; on verra que le droit anglais y mélange, et de façon à peu près inextricable, ce que nous appelons les contrats immoraux, et ceux qui sont contraires à toutes les autres règles d'ordre public.

On peut ranger en plusieurs classes les conventions que le droit anglais considère comme étant contraires à la loi : 1^o Les contrats passés en violation d'un « statute » ; 2^o Ceux qui sont contraires à la Common law comme tendant à la commission d'un crime ou d'un délit civil ; 3^o enfin

ceux qui sont réprouvés par la Common law, comme contraires à la notion de public policy.

1^o Contrats faits en violation d'un « statute ».

Juridiquement cette catégorie ne soulève pas de difficultés. Il est évident que lorsque la loi édicte une prohibition, elle entend invalider les contrats qui tendraient à n'en pas tenir compte.

a) Il faut noter cependant qu'un statute peut imposer une pénalité aux parties d'un contrat sans déclarer celui-ci illégal. En ce cas, il faut se demander si le législateur a voulu simplement décourager les contractants éventuels en rendant l'opération onéreuse, ou l'annuler de telle sorte que les parties n'acquièrent par elle aucun droit, ou la prohiber, et teinter, par là même, d'illégalité toutes les transactions qui s'y rapportent. Le criterium généralement admis est la nature de la pénalité : est-elle imposée une fois pour toutes, sans s'appliquer au renouvellement de chaque opération d'une même catégorie, on peut penser que de tels contrats ne doivent pas être annulés. Si, au contraire, la pénalité est encourue à la passation de chaque contrat de cette sorte, il faut conclure que la loi le déclare nul entre les parties. La question de savoir s'il est illégal au point de compromettre les opérations connexes doit être tranchée par l'interprétation du statute.

La plupart des prohibitions ainsi édictées ont en vue un intérêt fiscal, la protection du public dans ses transactions relatives à certains articles, ou avec certaines catégories de commerçants, enfin la réglementation de certaines catégories de commerce.

b) Une mention spéciale est généralement faite par les

auteurs anglais au pari. Le « gaming act » de 1845 le déclare « void », c'est-à-dire nul entre les parties, mais n'entraînant pas illégalité des transactions connexes, hormis deux exceptions : les garanties données à raison d'une dette née d'un pari, et (Gaming act 1892) la promesse d'une récompense ou commission quelconque, pour l'accomplissement ou le paiement de paris. De même, est impossible, la répétition des sommes payées pour acquitter la dette d'un autre contractée dans ces conditions (1).

c) MARIAGES PROHIBÉS. — Le mariage entre personnes parentes au degré prohibé forme une autre classe de transactions contraires à la loi. Bien qu'aucune pénalité ne soit prévue pour le sanctionner, il fait l'objet d'une prohibition précise du statute. Autrefois, il ne pouvait être traité comme nul que si une déclaration en ce sens d'une cour ecclésiastique était intervenue, durant la vie des intéressés, mais depuis un statute moderne (2), il est certainement nul dans tous les cas, par conséquent, un contrat de mariage conclu en vue d'une situation de ce genre est entièrement nul. Il l'eut été d'ailleurs avant qu'intervienne le statute. Ces règles n'ont pas le caractère local des règlements municipaux relatifs aux solennités des cérémonies, ou exigeant le consentement de certaines personnes : le législateur a rattaché la prohibition à des fondements d'intérêt général. En outre, elles ne concernent pas la forme, mais la substance du contrat, et obligent, par conséquent, les sujets britanniques en quelque partie du monde que la cérémonie ait lieu, et que le mariage en question soit ou non permis par la loi locale.

(1) Sic, ANSON, *Law of contract*, 15th edition, p. 236.

(2) 5 et 6 Wm 4. c. 1854.

La promesse par un homme marié, et dont la femme vit, d'épouser telle autre personne après la mort de son épouse, est nulle comme contraire à l'ordre public si cette personne était au courant de la situation.

d) En outre, une grande variété de transactions sont, pour des raisons très diverses, interdites par le statute, ou soumises par lui à des restrictions.

La question de savoir si telle opération en particulier va à l'encontre de la prohibition statutaire est, à coup sûr, affaire d'interprétation. Dans chaque cas, il faut donc se demander si le texte a entendu ou non interdire la convention. Il n'y a pas, pour cela de règle générale. « Le seul principe, pour l'interprétation des actes du parlement, est qu'ils doivent être entendus conformément à l'intention du parlement qui a édicté l'acte » (1). « Une transaction qui n'est pas immorale en elle-même ne doit pas être tenue pour illégale sur une simple conjecture de l'intention statutaire (2) ».

De ces principes, on déduit les corollaires suivants :

1^o Les Cours de justice ne sauraient établir de différence entre ce qui, non prohibé par la loi positive ne serait pas immoral, et ce qui est interdit parce qu'étant contraire aux mœurs ;

2^o Ce que la loi interdit de faire directement ne saurait être accompli d'une manière indirecte ;

3^o Lorsque certaines conditions sont imposées par le statute, pour la pratique de certaines sortes d'affaires, ou l'exercice d'une profession, et que ces conditions sont mé-

(1) Opinion of the judges in the Sussex Peerage case, 11 Cl. et F at, p. 143.

(2) Barton v. Muir (1874), L. R. 6 P. C., 134.

connues, les conventions passées dans l'exercice de ces activités : sont nulles si l'objet de la loi, en imposant ces conditions, était le maintien de l'ordre, de la sécurité publique, ou la protection des personnes en rapport d'affaires avec celles à qui les conditions sont imposées, sont valables s'il apparaît que la condition n'était imposée que dans un dessein administratif.

2^o Conventions contraires à la Common Law, comme tendant à la commission d'un crime ou d'un délit.

1^o Le cas le plus simple est celui du contrat par lequel un individu s'engage à commettre un crime ou un délit pénal. Aucun doute ne s'élève sur la nullité de l'opération. En revanche, la question peut se poser de savoir si telle convention, dans sa véritable interprétation, rentre ou non dans notre catégorie (1). Pour éviter toute ambiguïté, il faudrait, lorsqu'il s'agit de contracter à propos d'une opération qui n'est pas certainement légale au moment de l'acte, préciser clairement que l'exécution du contrat n'aura lieu que si la légalité de l'opération devient certaine.

2^o Bien que son objet ne soit pas un délit pénal, sera généralement illégal cependant, le contrat qui a en vue de causer un dommage à des tiers : ainsi, une convention pour le partage des profits d'une opération frauduleuse. En fait, le cas le plus usuel est celui de la convention conclue en fraude des droits des créanciers : un arrangement est intervenu entre un débiteur et l'ensemble de ses créanciers, mais, par une convention secrète, le débiteur promet à l'un de ses créanciers un avantage quelconque. Le contrat

(1) Cf. notamment : *Mayor of Norwich v. Norfolk Ry Co* (1855), 4. E and B. 397-24. L. J. Q. B. 105, 99. R. R., 518.

est illégal, étant fait en fraude des droits des autres. « Lorsqu'un créancier, en fraude de l'arrangement intervenu, stipule un avantage pour lui-même, sa stipulation est entièrement nulle. Non seulement, il n'en peut retirer aucun avantage, mais il doit perdre aussi le bénéfice de l'accord » (1).

L'engagement secret, par un créancier, de retirer son opposition à un concordat ou à un arrangement est également nul, peu importe qu'il soit pris vis-à-vis du débiteur lui-même, ou d'un étranger, ou que la contre-partie offerte au créancier pour un tel retrait soit ou non de venir en dehors de l'actif.

Pollock, après avoir traité cette question, conclut ainsi : « Nous avons ici un bon exemple du caractère nécessairement approximatif de notre classification. Nous avons placé ici ces engagements pris en fraude des droits des créanciers, comme étant des conventions pour commettre des quasi-délits civils, mais un accord avec les créanciers est, dans la plupart des cas, quelque chose de plus qu'un contrat civil ordinaire; c'est en vérité un procédé quasi-judiciaire, et, comme tel, il est à un certain degré, protégé par la loi. L'ordre public, par conséquent, aussi bien que les intérêts particuliers, requiert qu'un tel procédé soit conduit avec bonne foi, et qu'aucune transaction qui heurte une bonne justice ne puisse être maintenue à son encontre. Cette doctrine de fraude à l'égard des tiers, ainsi qu'on peut l'appeler, ne doit toutefois pas être étendue à des cas de simple soupçon ou supposition. La possibilité qu'un contrat porte préjudice à des tiers n'est pas une raison suffisante pour présumer que tel était son but, et pour

(1) Cf. *Malladiou v. Hodgson* (1851), 16. Q. B., 689.

édicter, sur la seule force de cette présomption, l'invalidation, même entre les parties. D'une supposée intention frauduleuse relative aux tiers, on ne saurait être autorisé à déduire la véritable interprétation du contrat. »

**3^o Conventions réprouvées par la Common law
comme contraires à la notion de Public Policy.**

Nous n'entendons pas préciser ce que couvre, en droit anglais, la notion de public policy. Elle est aussi floue que l'est, chez nous, le concept voisin d'ordre public, les auteurs anglais se gardent de la définir. Notons seulement que si, à l'origine, elle apparut comme un synonyme de termes vagues tels que « convenience », « reason », « Common Weal », elle semble aujourd'hui être mise en avant chaque fois que la convention soumise aux juges, bien que ne heurtant aucun texte, est cependant contraire au but du droit : l'harmonie sociale. Voici quelques-unes de ses principales applications :

A la suite de la plupart des traités consacrés à la loi du contrat (1), rangeons d'abord dans cette catégorie les conventions que les auteurs et les Cours sont d'accord pour qualifier « immoral contracts » ou « Agreements which are contrary to good morals ». La subsistance de cette catégorie, en tant que fraction indépendante des autres règles de public policy, semble due seulement à des circonstances techniques : la compétence, réelle autrefois, théorique aujourd'hui encore, des Cours ecclésiastiques dans les affaires mettant en question la morale sexuelle. Comme suite à ces règles de procédure, il existe une classe de

(1) Cf. notam. : JENKS, *A digest of english civil law*, t. I, n^o 106 ; ANSON, *Law of Contract*, chap. VII.

contrats que les Cours et les auteurs qualifient toujours d'immorale quitte à ajouter parfois « or contrary to public policy » (1).

En pratique, cette catégorie est matérialisée par deux sortes d'actes : ceux qui tendent à favoriser la cohabitation illicite, ceux qui tendent à porter atteinte au statut légal du mariage.

Cohabitation illicite. — Le principe directeur en la matière est celui-ci : La promesse ou l'espérance d'une cohabitation illicite est une cause, « unlawfull », et un engagement basé sur elle est nul. Des relations antérieures, au contraire, ne constituent pas une cause illégale ; il peut même y avoir parfois devoir moral pour l'homme de subvenir aux besoins de son ancienne compagne. Ici, toutefois, nous rencontrons la règle juridique d'après laquelle un acte, déjà exécuté, même s'il donne naissance à un devoir moral, ne peut, en droit, servir de cause à un contrat. Une convention qui ne repose sur aucune autre cause qu'une cohabitation passée n'a donc que la valeur d'un simple engagement : passée en la forme d'un contrat scellé, elle est valable, non dans les autres cas. L'existence d'un engagement exprès de mettre un terme à la cohabitation illicite, qui est vain tant en fait qu'en droit, ne peut établir aucune différence à cet égard. Lorsqu'une convention est conclue à cause de la cohabitation passée, et que la cohabitation illicite reprend par la suite, ou même n'est jamais interrompue, la Cour ne déduira pas de ce fait seul que la cause réelle était la cohabitation future aussi bien que passée. Elle traitera donc le contrat scellé comme valable.

Une opinion a été émise, d'après laquelle, dans certains

(1) JENKS, op. cit., t. I, n° 106.

cas, le représentant légal d'une partie à un contrat immoral pourrait le faire écarter, bien que l'intéressé lui-même, n'ait pas été de son vivant, délié de son obligation. Ce point de vue a été condamné comme « erroné et contraire à la loi » (1). Un transfert de propriété actuel qui est extérieurement un don volontaire valide et irrévocable ne peut, après coup, être annulé par le donateur ou ses représentants, bien qu'en réalité, il ait été fait en vue d'une contrepartie immorale.

Lorsque les parties, qui ont habité ensemble en une cohabitation illicite, se séparent, et que l'homme s'engage, par contrat scellé, à servir une rente à sa concubine, sous réserve d'une clause au terme de laquelle la rente cessera d'être due si les parties reprennent la vie commune, le contrat est valable en tant que simple engagement de verser une rente annuelle, mais la clause est nulle.

La solution est la même si, les parties étant apparentées à un degré où le mariage est prohibé, ont néanmoins procédé aux solennités du mariage, et qu'un contrat scellé de séparation soit intervenu, en la forme ordinaire d'un contrat de séparation entre mari et femme. Lorsque les parties sont réellement mariées, une telle précaution, bien qu'usuelle, est superflue, car le contrat scellé se trouve, dans tous les cas, annulé par le fait que les parties vivent ensemble par la suite.

Arrangements de séparation. — Du point de vue canonique, le mariage était un sacrement créant un lien indissoluble. Les devoirs attachés à ce lien étaient « de la plus haute obligation religieuse possible », et supérieurs à la volonté des parties. Devant les cours ecclésiastiques, une

(1) *Ayerst v. Jenkins* (1873). L. R. 16. Eq., 281-282-284.

convention ou disposition faite en vue d'une séparation volontaire présente ou future, était simplement l'engagement de commettre une violation continuelle des devoirs, engagement auquel pas une autorité séculière ne pouvait prêter son appui. Il était donc illégal.

Pendant longtemps, toutes les causes se rapportant au mariage, même de façon indirecte, étaient de la compétence exclusive des cours ecclésiastiques. Le caractère trop absolu d'un tel système fut une des raisons de son déclin progressif. Plus tard, la conception religieuse du mariage fut encore maintenue dans la mesure où ce qui restait de la juridiction ecclésiastique pouvait la soutenir. Elle continue à influencer grandement sur l'opinion des juridictions laïques.

La Common law, toutefois, sa compétence en ces matières une fois établie, n'adopta jamais la doctrine ecclésiastique dans toute son étendue. Un contrat, prévoyant une séparation immédiate et en fixant les termes, est traité comme tout autre contrat légal. Toutefois, il est fait exception à la règle que la femme ne peut contracter avec son mari sans l'intervention d'un curateur. Etant bon et valable aux yeux de la loi, le contrat l'est également en équité. Par contre, un engagement pris par la femme de ne pas défendre à une action en divorce intentée par le mari est nul comme constituant une convention, collusoire, tendant à fausser le jeu normal de la justice.

L'engagement, par le mari, de payer une rente annuelle au curateur ou à la femme elle-même aussi longtemps qu'ils vivront séparés, demeure valable, malgré une dissolution du mariage survenue par la suite, après adultère de la femme. Il semble toutefois qu'il serait nul si l'adultère futur avait été pris en considération à l'époque. Le recel

d'une inconduite passée, entre le mariage et la séparation, peut rendre nul l'arrangement intervenu. Il en serait de même d'une inconduite postérieure s'il résultait des circonstances que la séparation a été frauduleusement obtenue avec l'intention de se procurer de plus grandes facilités en vue de cette inconduite.

Pour ce qui est des conventions relatives à une séparation future, qu'elles soient antérieures ou postérieures au mariage, et qu'elles émanent des parties elles-mêmes ou d'un tiers, la règle légale demeure : elles ne peuvent avoir aucun effet, et même, un contrat scellé conclu en vue d'une séparation immédiate est nul si la séparation n'intervient pas en réalité, car cela démontre que ce n'est pas d'une séparation immédiate qu'il s'agissait, mais que c'était un expédient pour régler les conditions d'une séparation future.

La distinction s'établit donc sur le terrain suivant : une convention faite en vue d'une séparation immédiate a pour objet un état de choses qui, bien qu'indésirable, en lui-même est en fait devenu inévitable. Toutefois, cette situation étant anormale ne saurait être prise en considération à l'avance. Il est interdit de disposer en vue d'une dissolution possible du mariage, qu'il est dans le but de la loi de préserver intact et inviolé.

Soulignons en passant que le droit anglais se montre ici plus libéral que le nôtre : la Cour de cassation considère que tous les actes intervenus dans ces circonstances, et en considération de la séparation de fait des époux, sont absolument nuls, comme tendant à organiser juridiquement une situation contraire à la loi, et aussi comme constituant l'annexe d'une convention contraire à l'ordre

public : la séparation amiable décidée par les époux (1).

Nous en concluons que le droit français a conservé du mariage et des devoirs qu'il crée, une opinion plus haute que le droit anglais. Celui-ci permet d'en éluder certaines obligations alors que l'autre ne l'admet pas. Sans doute, dans les deux pays, le divorce conduit à des résultats plus graves qu'une séparation amiable. N'oublions pas toutefois que notre droit n'admet pas, en principe, qu'il puisse être obtenu par consentement mutuel.

La cohabitation illicite, et le relâchement des liens matrimoniaux sont à peu près les seuls faits qui, visés dans un contrat, entraînent sa qualification d'immoral par le droit anglais. Il est toutefois des cas voisins dans lesquels le contrat, bien qu'étant en général, simplement qualifié illégal, peut néanmoins rentrer dans notre catégorie.

Ainsi, c'est une règle bien établie qu'aucun droit ne peut être retiré d'une publication blasphématoire, séditieuse ou indécente, écrite ou parlée, ou d'un contrat qui y serait relatif. Le terrain sur lequel se placent les arrêts est celui-ci : la publication constituant un délit pénal, elle n'est pas simplement illégale, mais immorale au sens strict. La loi pénale l'interdit, la jugeant mauvaise par elle-même, et la loi civile la prenant comme mauvaise en tant que prohibée, refuse de la reconnaître comme l'origine d'un droit. Il serait peut-être osé d'affirmer in abstracto qu'une Cour ne puisse pas considérer comme immoral un écrit ou un discours qui, cependant, ne tomberait pas sous le coup d'une condamnation pénale. Nous ne connaissons pas d'exemple de l'exercice d'une telle juridiction.

Quoi qu'il en soit, à côté des cas que nous venons

(1) Cf. notam. : Civ. 2 janv. 1907. D. P. 1907.1.317. S. 1911.1.585.

d'étudier, de contrats tenus pour directement immoraux, il en est d'autres dans lesquels les conventions, bien qu'immorales, sont déclarées par les auteurs et les arrêts, être « *contrary to public policy* ». En somme, il y a, pourrait-on dire, deux degrés dans l'influence de la règle morale en droit anglais : au premier, les contrats qui y contreviennent sont qualifiés contraires à la morale, et ce n'est qu'accessoirement que l'on précise le caractère de contradiction avec l'ordre public qui en découle. Au second degré, l'inverse se produit, la règle morale est si fortement intégrée dans les autres principes qui constituent la « *Public policy* », qu'elle en perd toute individualité ; les juristes s'aperçoivent à peine que s'ils considèrent telle convention comme y étant opposée, c'est parce qu'ils l'ont jugée d'abord immorale. Il faut bien comprendre toutefois que ce ne sont pas seulement les conventions immorales qui contreviennent à la *public policy*. Il y en a bien d'autres. Nous allons examiner rapidement les principales opérations qui tombent sous ce chef, afin de souligner une fois encore, combien la liaison est étroite entre les règles morales et l'ensemble des autres qui concourent avec elles pour former la notion de « *public policy* ».

1^o MARIAGE. — Certaines conventions sont traitées comme contraires à la « *public policy* », soit parce qu'elles tendent à entraver la liberté nécessaire au consentement d'un mariage en particulier, et à introduire des motifs impropres ou étrangers dans l'acte de volonté, soit parce qu'ils risquent de mettre obstacle au mariage en général.

La première catégorie est celle des promesses de procurer un mariage moyennant rémunération. Contrats qui portent le nom de « *marriage brokage contracts* » (contrats

de courtage matrimonial). Tous engagements de cette sorte sont nuls, soient qu'ils aient en vue de procurer un mariage avec telle personne déterminée, ou un mariage en général. De même, tous les services rendus sans en avoir été requis, et consistant à procurer ou à hâter un mariage, ne sont pas simplement une cause nulle, mais une cause illégale, pour une promesse de récompense faite par la suite. Cette promesse, même si elle est faite en la forme d'un contrat scellé est donc nulle

La seconde catégorie se compose des contrats « in restraint of marriage ». L'engagement pris par un célibataire de ne jamais se marier est évidemment nul. De même, semble-t-il serait un engagement de ne pas se marier avant une certaine date.

La question s'est posée de savoir quelle était la valeur de la promesse mutuelle de mariage. La Chambre de l'Echiquier répondit en ce sens : « Hommes et femmes sont fréquemment amenés à promettre de ne pas se marier avec quelqu'un d'autre que l'objet de leur passion présente. Si la loi n'annulait pas de tels engagements, ils deviendraient prisonniers à vie de par la volonté des geôliers les plus inexorables : des amours déçues » (1).

On peut penser aussi que l'engagement de ne pas épouser telle personne, ou une personne de telle classe serait valable, à moins que l'intention réelle n'apparaisse comme étant d'établir un empêchement au mariage en général.

2^o DISPOSITIONS TESTAMENTAIRES. — L'engagement d'user de son influence près d'un testateur en faveur d'une

(1) Wilm, 371 (Ex. ch.).

personne en particulier est nul. D'un autre côté, il est certain qu'un homme peut valablement s'engager, par contrat, à inclure dans son testament, toute disposition particulière, (un tel engagement serait nul en droit français).

3^o ABUS D'INFLUENCE. — Une convention dont l'objet est de pousser un fonctionnaire à agir de manière partiiale ou illégal dans l'exercice de ses attributions, doit être considérée comme nulle dans tout pays civilisé, mais une convention qui a une apparente tendance en ce sens, bien que l'intention d'employer des moyens illicites ne soit pas prouvée, ou même soit clairement écartée, sera également tenue pour nulle.

La Cour suprême américaine a donné, dans un cas analogue une solution semblable. Le demandeur avait adressé au président du bureau américain des chemins de fer, une lettre lui proposant un plan pour obtenir le droit d'établir une voie à travers l'état de Virginie. Il s'offrait lui-même comme agent pour traiter cette affaire. La lettre faisait allusion à l'usage d'une influence secrète sur certains membres du corps législatif, et se référait à un document annexe contenant le passage suivant : « Je songe à l'usage de quelques moyens qui ne seraient pas impropres à la réalisation de vos desseins. Mon plan est d'entourer le corps législatif d'agents respectables, dont les arguments persuasifs peuvent inciter les membres à vous faire bonne justice ».

La Cour suprême pensa que le contrat ainsi conclu était contraire à la notion de public policy, et nul. « C'est un principe indubitable de la common law, dit-elle qu'elle ne prête pas son concours pour valider un contrat tendant à la commission d'un acte illégal, ou incompatible avec les

lois de la saine morale, ou encore tendant à corrompre ou soudoyer, par des influences malpropres, l'intégrité de nos institutions sociales ou politiques » (1).

En revanche, de même qu'il est permis à un propriétaire ou à toute autre personne intéressée, de défendre ses intérêts par tous moyens légaux, contre un projet de loi dont il craint que l'application lui cause un dommage, de même, il lui est permis de retirer ou de modifier ses réclamations aux conditions qui lui semblent bonnes, et la légalité du procédé n'est pas altérée par le fait que l'intéressé est lui-même membre du parlement. En l'absence de toute preuve contraire, il est présumé passer la convention uniquement en sa qualité de personne ayant un intérêt personnel valable dans l'affaire. Cela peut sembler anormal, mais il faut se rappeler qu'il y a peu de chances, en pratique, qu'un conflit s'élève entre le devoir et l'intérêt, car le Parlement s'informe de ces matières par l'intermédiaire de commissions qui utilisent une procédure quasi-judiciaire.

4^o CONVENTIONS RELATIVES AUX LOIS FISCALES ÉTRANGÈRES. — Il était autrefois entendu qu'un pays ne s'occupe jamais des lois fiscales d'un autre. Telle n'est plus la tendance générale actuelle. De même qu'un sujet britannique ne pourrait réclamer devant une cour anglaise le prix des denrées vendues par lui pour être passées en contrebande en Angleterre, il en serait également ainsi pour un vendeur étranger qui aurait effectivement participé à la violation de la loi fiscale anglaise. Toutefois, les cas relatifs à des contrats de cette sorte, contraires soit à la loi anglaise soit à une loi étrangère ne seraient certainement pas étendus au delà des points spécialement visés par elle.

(1) 1853, 16. Howard at, pp. 334-5.

5^o VENTE DE CHARGES. — La vente des charges, interdite par le statute dans la plupart des cas, est également contraire à la Common law. Toutefois, une société peut exister légalement en vue des bénéfices de la charge, bien que la vente de la charge elle-même, ou une cession complète de ses revenus soit contraire au droit. Les mêmes principes sont applicables à certains offices qui, bien que n'étant pas exactement des charges publiques, concernent cependant l'intérêt général. L'ordre public exige qu'aucune considération précuniaire ne préside à la nomination à un office auquel s'attache un intérêt public.

Malgré cela, bien des charges appartenant à des particuliers, et surtout des charges inférieures dans les cours de justice ont été, en fait de par la coutume, l'objet de ventes jusqu'à une époque récente.

Pour des raisons analogues, certaines cessions de pensions et salaires ont été tenues pour nulles comme contraires au but qui a dicté leur fondation. Ainsi, la solde militaire et les traitements judiciaires ne sont pas saisissables. La règle, en cette matière est la suivante : « Une pension donnée en vertu de services passés peut être cédée, mais celle qui est octroyée au titulaire pour lui permettre d'accomplir un devoir futur est inaliénable ».

6^o COMMERCE AVEC L'ENNEMI. Il est maintenant pleinement établi que l'objet de la guerre est, autant de désorganiser le commerce ennemi que de capturer son territoire. En conséquence, une déclaration de guerre emporte prohibition d'entretenir des relations commerciales avec les habitants du pays ennemi, sauf autorisation accordée par la Couronne. L'achat de denrées dans un pays ennemi, en temps de guerre, équivaut au commerce avec lui, et cela bien

qu'il ne soit pas démontré que ces denrées ont en fait été achetées d'un ennemi, l'assurance de ces denrées est nulle.

L'effet d'une déclaration de guerre sur les contrats passés entre sujets des deux états hostiles varie suivant les circonstances. Il se peut que le contrat soit susceptible d'être légalement exécuté ; c'est le cas si les gouvernements belligérants ou l'un d'eux s'étaient départis de leurs droits stricts. Si la convention ne peut-être aussitôt exécutée, il doit être suspendu durant le temps des hostilités, à condition que la nature et l'objet du contrat s'y prêtent. La suspension n'est pas admissible si la continuation du rapport commercial avec l'ennemi implique ou seulement facilite des relations d'autre nature avec lui.

La question a encore été soulevée de la validité des lettres de change tirées sur l'Angleterre en pays ennemi, en temps de guerre. Ici, ce n'est pas simplement la substance de la transaction qui doit être envisagée, mais la nationalité de ceux qui sont finalement parties à l'action fondée sur la lettre. Celle qui est tirée sur l'Angleterre par un prisonnier anglais dans un pays ennemi est tenue pour un contrat valable, puisqu'elle est un rapport entre sujets britanniques. Par contre, une telle lettre, tirée par un ennemi sur un sujet britannique domicilié en Angleterre, et endossée à un Anglais résidant chez l'ennemi fut considérée comme ne conférant pas d'action, même après la cessation des hostilités.

7^o ACTES D'HOSTILITÉ CONTRE DES NATIONS AMIES. — Un engagement ne peut être validé en Angleterre, s'il a pour objet la conduite d'hostilités contre une puissance en paix avec le gouvernement anglais, surtout s'il s'agit de

sujets rebelles de cette puissance, en lutte contre leur gouvernement, et n'ayant pas été l'objet, de la part de l'Angleterre d'une reconnaissance de belligérance. Cette règle fut établie dans des procès qui se sont élevés à la suite d'emprunts contractés en Angleterre, en faveur de républiques sud-américaines, et avant leur reconnaissance officielle. « Il est contraire au droit des gens — qui, dans tous les cas de procès internationaux est adopté comme loi interne par tous les pays civilisés — pour des anglais, de s'engager à réunir des fonds afin d'aider les sujets d'un gouvernement en ainitié avec le nôtre, dans des hostilités contre leur gouvernement, et aucun droit d'action ne peut naître d'une telle convention » (1).

Toutefois, la Cour suprême des Etats-Unis a décidé que la cession d'actions d'une société originairement formée dans un but analogue, n'était en rapport que de si loin avec l'illégalité originaire du prêt qu'elle pouvait être tenue pour valable entre les parties.

80 ARRÊT DES POURSUITES CRIMINELLES. — Les engagements, dans le but d'étouffer une poursuite criminelle sont nuls comme tendant à mettre obstacle au cours normal de la justice. La Cour du « Queen's Bench », dans le cas qui fait autorité, s'est prononcée en ces termes : « L'engagement d'arrêter une poursuite pour faux serment et consentir à ne pas déposer contre l'accusé est fondé sur une cause contraire à la loi, donc nulle. Sur le bien-fondé de cette décision, aucun doute ne peut s'élever : ou bien l'accusé est innocent du crime dont on l'accuse, ou il en est coupable. S'il est innocent, la loi a été abusivement uti-

(1) Best C. J. de Wutz v. Hendricks (1824), 2. Bing, 314.

lisée dans un but de chantage, s'il est coupable, la loi a été éludée par une convention malhonnête protégeant le criminel, moyennant finance » (1).

Dans le même ordre d'idées, la Cour décida qu'une poursuite pour un délit compliqué d'émeute et d'atteinte à un officier public dans l'exercice de ses fonctions ne peut être légalement l'objet d'un compromis.

Toutefois, il n'y a pas complicité de crime (felony) de la part d'une personne dont la signature a été imitée sur un effet de commerce, d'adopter la signature imitée et d'avancer l'argent au faussaire pour lui permettre d'annuler l'effet.

Une requête au sujet d'une élection, bien que n'étant pas une procédure pénale, a cependant un caractère d'intérêt public qui peut entraîner des conséquences pénales, et l'engagement contre rémunération de ne pas intenter une action en rapport avec l'élection, est nul à l'égard de la Common law, son effet étant de priver le public du bénéfice qui résulterait de l'enquête.

D'une manière analogue, une convention passée en vue de la conduite collusoire d'un procès en divorce est nulle, et l'engagement de ne pas démasquer une conduite immorale, ou encore de diriger une procédure pénale contre une personne de manière que le nom d'une partie qui était, en fait, intéressée dans l'affaire, ne soit pas prononcé, ont été tenus pour nuls comme contraires à la « Public policy ».

9^o « MAINTENANCE OR CHAMPERTY ». — Nous rencontrons ici une catégorie de conventions qui sont spécialement combattues comme tendant à nuire au bon fonctionnement de

(1) Keir v. Leeman (1844), 6. Q. B., 308.

la justice civile. Le mot « maintenance », au sens strict et propre signifie seulement l'entretien d'un procès existant, et non le fait d'en faire naître un nouveau, mais la distinction est, en pratique sans influence, même en droit pénal. Il est plus important de souligner qu'une convention ne peut être annulée pour « maintenance » à moins qu'elle ne soit contraire au bon ordre et à la justice, qu'elle ne tende à promouvoir des procès inutiles, qu'elle ne soit immorale, aux yeux de la loi, et qu'à sa conclusion n'ait présidé un motif immoral (1).

« Champerty » peut être défini au point de vue de la pratique moderne, comme une « maintenance » aggravée d'une promesse d'obtenir une partie de la chose en litige. Certains statuts punissent les opérations de ce genre, mais il a toujours été considéré, en outre, que l'un et l'autre sont interdits par la Common law. Les principales applications de ces opérations que l'on rencontre aujourd'hui sont les suivantes :

Un engagement d'avancer les fonds pour un procès, ou de pourvoir à la preuve avec ou sans assistance professionnelle, de même, l'engagement de fournir l'assistance professionnelle seule, en vue de recouvrer un droit de propriété, mais moyennant rémunération subordonnée au succès de l'entreprise et proportionnelle à lui, est nul. (C'est ce que le droit français appelle nullité du pacte de *quota litis*).

Un avoué (*solicitor*) ne peut acheter à son client l'objet d'un procès en cours, mais il peut se faire consentir une garantie sur cet objet pour les avances qu'il a déjà faites et les frais déjà engagés.

(1) *Voy. Fischer v. Kamala Naicker* (1860), 8. Moo Ind., p. 170-187.

L'achat d'un droit de propriété en litige, ou une convention en vue de cet achat, ne sont pas, en eux-mêmes contraires à la loi, mais un engagement de ce genre est illégal si son véritable objet est seulement de permettre à l'acheteur de continuer le procès.

10^o ATTEINTE A LA LIBERTÉ DU COMMERCE. — Cette catégorie de cas montre de façon frappante comment la Common law, sans l'aide de la loi, et sans solution de continuité manifeste a pratiquement retourné sa vieille doctrine eu égard aux conditions nouvelles de la société, et aux exigences modernes du commerce.

Le principe originaire est qu'il ne faut pas autoriser un homme à s'interdire, par contrat, l'exercice de quelque métier ou de quelque commerce légal. Il est toujours vrai que toute opposition avec la liberté d'action individuelle, en matière de commerce, ou toute restriction des commerces eux-mêmes, sont contraires à la public policy, et partant, nuls. Il existe toutefois des exceptions : des restrictions de cette sorte, ainsi que des obstacles à l'exercice de la liberté individuelle peuvent être justifiés dans chaque cas par des circonstances particulières. Les exceptions n'ont été introduites qu'avec beaucoup d'hésitation, et furent longtemps confinées dans d'étroites limites. Les premières atteintes à une définition stricte, ont prouvé l'inapplicabilité de celle-ci, aussi, la règle est-elle maintenant posée que c'est une justification suffisante, la seule en vérité, que le caractère raisonnable de la restriction. Raisonnable, cela signifie en rapport avec l'intérêt des parties en cause, et avec l'intérêt public.

Il est évident que ce caractère raisonnable et utile de ces clauses restrictives a varié suivant les époques. Il y a un ou

deux siècles, une interdiction absolue d'exercer un commerce ou une industrie, en quelque lieu que ce soit, eut été une atteinte injustifiée à la liberté individuelle. Elle peut être aujourd'hui, dans certaines branches, étant donné la très grande rapidité des moyens de communication, et l'extension consécutive du marché, tout à fait justifiée, au moins pour une certaine durée.

Peu importent d'ailleurs les applications, les décisions, en ces matières, sont guidées à la fois par la morale et l'intérêt public. Il est d'intérêt général que chacun puisse exercer librement ses activités, mais il serait immoral que le vendeur d'un commerce ou d'une industrie puisse aussitôt s'ériger en concurrent de son acheteur, lui enlevant ainsi le principal avantage de l'opération conclue. De même, il est bon que chacun puisse louer ses services dans les conditions qui lui conviennent, mais il serait dangereux de s'engager pour toute la vie. Des circonstances nouvelles peuvent surgir qui le feraient regretter.

Tels sont les principaux cas d'« *unlawfull agreements* ». Il est aisé de remarquer que si certains d'entre eux sont rangés sous cette qualification par le jeu d'un réflexe d'auto-défense sociale, comme c'est le cas du commerce avec l'ennemi, il en est d'autres dont la condamnation est certainement d'origine morale, c'est le cas, en particulier, des « *marriage brokage contracts* ». Il faut même aller plus loin, et préciser que n'était cette circonstance toute exceptionnelle de la compétence ecclésiastique longtemps reconnue pour les causes touchant à la morale sexuelle, il ne serait pas question, dans le droit anglais d'« *immoral contracts* ». Ce genre d'opérations n'en serait pas moins sanctionné comme contraire à cette partie de la « *Common law* » qu'est la « *public policy* ».

Nous croyons donc pouvoir conclure que la jurisprudence française a grandement raison de traiter sur un pied d'égalité, les règles morales et les autres principes de l'ordre public, les premières sont une branche du second, et non la moins importante. Tout bon système juridique doit donc en arriver là : l'harmonie sociale l'exige.

TITRE II

A QUELS ÉLÉMENTS DU CONTRAT DOIT-ON APPLIQUER LE CRITÉRIUM DE L'IMMORALITÉ ?

En droit positif français, avons-nous dit, le critérium qu'utilise le juge pour discerner les conventions immorales est tiré de la morale chrétienne. Ceci posé, reste à déterminer, pour savoir quand un contrat est à ranger dans cette catégorie, auxquels de ses éléments le juge va pouvoir appliquer le critérium dégagé.

Il est incontestable que l'examen devra porter sur l'objet et sur la cause : éléments nécessaires, constitutifs du contrat. De même, doit-il en être de la condition, expression de la volonté d'une ou des deux parties, et qui peut donner au contrat, surtout s'il est à titre gratuit, sa véritable coloration. Mais nous pensons que l'investigation du juge ne doit pas s'arrêter là. Même si chacun de ses composants est irréprochable au point de vue moral, le contrat, une fois conclu, forme un tout, bien distinct des éléments qui le constituent. Il peut, par lui-même, par l'utilisation que se proposent d'en faire ses auteurs, être dirigé à l'encontre de la règle morale. C'est ainsi que nous devons étudier si l'orientation du contrat, et, en particulier, la fraude, ne peut pas suffire à faire de l'accord des

volontés qui lui sert de support une convention contraire aux bonnes mœurs.

Nous irons même plus loin : un rapprochement s'impose ici, avec la conception germanique des bonnes mœurs, telle qu'elle est exprimée au paragr. 138 du Code civil allemand, et celle-ci fait rentrer la lésion dans l'immoralité. Il faudra donc nous demander si l'évolution législative et jurisprudentielle qui s'est développée en France, en cette matière, depuis 1804, s'est inspirée des mêmes préoccupations, en un mot si la convention lésionnaire est aujourd'hui une catégorie nouvelle de convention immorale, ou si elle conserve son autonomie, et obéit à une discipline tout autre.

SECTION I. — L'objet immoral.

Ce premier point ne soulève pas de difficultés. Aucun texte du code ne parle d'objet immoral ou illicite, mais l'article 1128 C. civ. exclut des conventions les choses qui ne sont pas dans le commerce. La jurisprudence s'est largement servi de ce texte, et, se fondant sur lui, annule les conventions dont l'objet lui paraît contraire aux bonnes mœurs (1).

(1) Civ. Seine, 25 fév. 1846. S. 46.2.142. D. 46.3.62 ; Trib. sup. des Deux-ponts, 28 nov. 1900. S. 1903.4.7 ; Amiens, 30 nov. 1905. S. 1906.2.298 ; Paris, 15 mai 1922. S. 1926.2.57 ; Paris, 29 déc. 1847. D. 47.4.494 ; Meaux, 27 août 1849, sous Paris, 6 mars 1851. D. 51.2.185 ; Grenoble, 19 mars 1875. D. 76.2.202 ; Req. 12 mai 1885. D. 86.1.175 ; Nancy, 19 fév. 1895. D. 95.2.433 ; Grenoble, 5 nov. 1895. D. 96.2.253 ; Douai, 25 mars 1906 ; Paris, 10 mars 1910. D. 1911.2.332 ; Paris, 15 mai 1922. D. 22.2.78 ; Civ. Rociroi, 27 fév. 1924. D. H. 1924.488 ; Paris, 2 déc. 1929. D. H. som., 1931, p. 20 ; Civ. Charleville, 30 juin 1904. G. P. 1904.2.166 ; Civ. Seine, 26 déc. 1925. G. P. 1926.1.450 ; Cass. civ. 28 janv. 1931. G. P. 1931.1.422 ; Civ. Seine, 25 nov. 1936. G. P. 1937.1.268.

SECTION II. — **La Cause.**

Deux articles, au contraire, sont consacrés à la cause illicite. Ils précisent que l'obligation fondée sur elle ne peut avoir aucun effet (1131) et considèrent comme illicite la cause prohibée par la loi, contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public (1133). Donc la cause immorale est une cause illicite.

Malgré la précision apparente de ces textes, des controverses multiples se sont élevées à leur sujet, controverses qui, aujourd'hui encore ne sont pas épuisées. Il va donc nous falloir envisager les principales conceptions de la cause, et voir comment, sous l'influence de sa notion des bonnes mœurs, la jurisprudence a été amenée à l'étendre de plus en plus, pour porter son investigation jusque dans les motifs de l'acte.

Notre intention n'est pas de faire un nouvel exposé de la théorie de la cause et de ses applications. Nous voulons seulement étudier la question de savoir jusqu'où le juge peut mener sa recherche avant de qualifier l'acte qui lui est soumis. Ce n'est donc qu'un des aspects de la notion de cause que nous envisageons.

Au point de vue qui nous occupe, il semble que l'on puisse distinguer dans l'évolution du droit trois étapes. Au cours de la première, la cause ne joue aucun rôle, c'est la période du droit formaliste. Au cours de la seconde, la notion prend naissance et devient un élément de l'acte. Elle ne permet encore, toutefois, que des recherches superficielles d'intention. Arrive enfin, le stade de la cause impulsive et déterminante que notre jurisprudence a aujourd'hui atteint.

Jusqu'à la fin du droit romain, avons nous dit dans

notre introduction, le principe demeura d'après lequel la cause des obligations ne devait pas être prise en considération. Devant les nécessités de la pratique, on était arrivé à atténuer quelque peu cette règle par le développement des *condictiones* et de l'exception de *dol*, par la querela non *numeratae pecuniae*, et surtout par la pratique des contrats innomés. Ces exceptions, toutefois, demeurèrent telles, leur importance n'équivalut jamais à celle de la règle qu'elles contredisaient.

L'influence des canonistes fit entrevoir à l'ancien droit l'importance de la question, et au XVIII^e siècle, Pothier et surtout Domat étaient à même d'exposer une théorie de la cause que les rédacteurs du Code semblent avoir voulu consacrer. En quoi consiste-t-elle, et quelles sont, au point de vue de l'investigation du juge, ses conséquences ?

Dans les contrats synallagmatiques, disent les auteurs classiques, la cause de l'obligation est, pour chaque partie, l'obligation de l'autre : pourquoi le vendeur s'oblige-t-il à livrer la chose ? Parce que l'acheteur s'oblige à payer le prix convenu. Une variante de cette opinion a été introduite par Capitant (1). D'après cet éminent auteur, la cause n'est pas l'engagement de l'autre partie, mais l'exécution de cet engagement. Pourquoi le vendeur s'oblige-t-il à livrer ? Parce qu'il compte obtenir le versement du prix.

L'une et l'autre de ces deux conceptions impliquent les conséquences suivantes : la cause, ainsi entendue, est un élément constitutif de l'acte. Vient-elle à faire défaut ? Le contrat tout entier est nul. En revanche, cette cause, but immédiat et direct voulu par les parties est exclusive de toute recherche psychologique. Peu importent les mobiles,

(1) CAPITANT, *De la cause des obligations*.

les motifs qui ont poussé les contractants à chercher ce but immédiat et direct. Ainsi, le vendeur s'étant obligé à livrer, et l'acheteur à payer, le contrat est valable, sans que le juge ait pouvoir de rechercher quelle intention a poussé l'un des contractants ou tous les deux à passer l'acte. En résumé, la cause ainsi envisagée est quelque chose d'abstrait, un élément constant, toujours le même dans un contrat donné, un élément du contrat, et non un élément de la psychologie du contractant.

La théorie classique est déjà moins satisfaisante quand elle veut exprimer en quoi consiste la cause dans les actes unilatéraux à titre onéreux. S'agit-il d'un contrat réel, la cause de l'obligation est la remise de la chose : pourquoi l'emprunteur s'oblige-t-il ? Parce qu'il reçoit les deniers. S'agit-il des autres contrats unilatéraux, la cause est le rapport juridique préexistant : pourquoi le délégué s'oblige-t-il envers le délégataire ? Pour acquitter sa dette envers le délégant.

Quant à la cause dans les libéralités, la théorie classique la réduit vraiment à presque rien : c'est, dit-on, l'intention libérale, ou encore « l'*animus donandi* ».

Si la jurisprudence s'était entièrement ralliée à cette opinion. Voici quelle aurait été son attitude dans l'appréciation de la cause illicite : pour les contrats synallagmatiques à titre onéreux, le juge ne peut envisager que deux choses : les obligations réciproques sont-elles l'une ou l'autre objectivement immorales, l'opération tout entière est nulle, — et la réciprocité des obligations : sont-elles, par elles-mêmes objectivement irréprochables, le juge peut néanmoins prononcer la nullité pour immoralité, si le fait qu'elles sont liées revêt un caractère immoral. Ainsi, un contractant s'engage à commettre un délit moyennant

rémunération. L'obligation relative au délit étant illicite, le contrat tout entier l'est. Un individu promet de ne pas commettre un vol s'il reçoit telle somme. Ces deux obligations sont parfaitement licites ; ne pas voler et payer une somme d'argent. Néanmoins, le contrat pourrait être annulé par application de la théorie classique de la cause, car la réciprocité des obligations est immorale : se faire payer pour ne pas voler (1).

Au contraire, le fonctionnement de la théorie classique ne permettrait guère de combattre l'immoralité dans les contrats unilatéraux à titre onéreux. Qu'il s'agisse en effet de contrats réels ou de contrats consensuels, la remise de la chose ou le lien juridique préexistant ne peuvent avoir, par eux-mêmes rien d'immoral. Dans la logique du système, le contrôle de la moralité eut dû échapper au juge pour cette catégorie d'actes.

Que dire des libéralités ? Car l'intention libérale, en elle-même, n'est pas contraire ni conforme à la morale.

En présence de ce système une importante partie de la doctrine s'insurgea. Les auteurs anti-causalistes dénoncèrent à la fois la fausseté, « au moins dans deux cas sur trois, » écrit Planiol, et l'inutilité de la théorie de la cause.

Fausseté, dirent-ils d'abord, car la notion de cause implique celle d'antécédent : l'effet produit ne peut être contemporain de la cause qui l'engendre. Or « les deux obligations dérivant du même contrat naissent en même temps : ce sont deux sœurs jumelles » (2). « Dans l'opinion

(1) La théorie classique de la cause présente d'autres intérêts pratiques. Elle sert de fondement à l'exception *on adimpleti contractus* et est à la base de la distinction entre les actes à titre onéreux et les actes de bienfaisance.

(2) PLANIOL, *Traité élém. droit civil*, t. II, n° 1038.

commune on crée un cercle vicieux, si chacune des deux obligations est l'effet de l'existence de l'autre, aucune d'elles ne peut prendre naissance (1) ».

L'argument capital contre la théorie classique était l'inutilité du concept dégagé par elle. Il se confond avec le consentement ou avec l'objet. Dans les libéralités, en effet, en quoi l'intention libérale du donateur diffère-t-elle de la manifestation de volonté qui donne naissance au contrat ? Dans les contrats synallagmatiques, pourquoi recourir à cet intermédiaire qu'est la cause ? Ne serait-il pas plus simple et plus exact de dire que l'objet fait défaut ou qu'il est immoral. D'après la thèse classique, ce qui est cause pour l'une des parties est objet pour l'autre : la cause de l'obligation de l'acheteur, dit-on, c'est l'obtention de la chose, c'est-à-dire de l'objet de l'obligation du vendeur. Sans doute, si cette chose est immorale, le contrat sera nul, mais il n'est pas besoin, pour le constater, d'avoir recours à la cause. Inutilité de la notion aussi dans les contrats réels, où la cause finale est confondue avec la cause efficiente, c'est-à-dire avec l'existence même du contrat.

La conclusion qui semblait s'imposer aux anticausalistes en face de ces résultats, c'est qu'il fallait rejeter la notion encombrante de la cause. Ces auteurs pourtant ne convainquirent jamais la majorité de la doctrine. Leurs critiques étaient seulement superficielles. Nous avons déjà noté que dans les contrats synallagmatiques, la théorie classique de la cause ne permettait pas uniquement d'atteindre les objets des obligations réciproques, mais aussi la réciprocité des obligations. Dans les libéralités, même,

(1) PLANIOL, *Traité élém. Droit civil*, t. II, n° 1038.

il est inexact de dire que l'*animus donandi* se confond avec le consentement, l'acte de volition du donateur comprend bien deux éléments : le fait de s'obliger qui est le consentement, et le but direct en vue duquel on s'oblige, l'intention libérale. Celle-ci se confond si peu avec le consentement qu'elle est la caractéristique des actes désintéressés, qu'elle permet de les distinguer des actes onéreux dont le but est l'intérêt.

La seule vraie critique que l'on peut adresser à la théorie classique, c'est son étroitesse, aussi ne s'agit-il pas du tout de supprimer la notion de cause, mais d'en étendre le domaine. La jurisprudence, d'ailleurs n'a jamais tenu compte de la notion que cherchait à lui insuffler la doctrine traditionnelle. A vrai dire, il lui était impossible de s'y rallier. Nous avons observé que toujours les tribunaux s'étaient inspirés, dans l'appréciation des actes qui leur étaient soumis, d'une notion morale subjective, donnant à l'intention de l'auteur un rôle décisif. Comment concilier ce point de vue avec une conception toute extérieure de la cause ? D'une part, en matière de libéralités ou de contrats réels, les auteurs ne tendaient à rien moins qu'à faire abdiquer au juge tout contrôle. D'autre part, dans les conventions synallagmatiques elles-mêmes, comment scruter l'intention des parties si l'on admet que l'une des obligations est la cause de l'autre ? Tout au plus aurait-on pu, avec ce système, appliquer une notion objective de la morale, notion qui envisage l'acte, en lui-même, indépendamment de l'état d'esprit qui l'a inspiré. Telle n'a jamais été l'attitude de la jurisprudence.

On pouvait observer en outre, que le système classique n'était pas très rationnel. Parmi les mobiles très nombreux auxquels les parties ont obéi, la doctrine ne veut retenir

que ceux qui constituent, dans la pensée des auteurs, le but immédiat et direct de l'acte passé, pour laisser de côté la pléiade infinie des états de conscience qui existent en fait chez les contractants, et qui sont réellement à l'origine de l'acte de volonté. Pourquoi cette limitation arbitraire ? Les mobiles qui viennent d'être cités sont-ils réellement dénués de valeur juridique ? Certainement non. Ils ont plus d'importance que le but direct, ils donnent à l'acte son véritable sens. C'est pourquoi la jurisprudence ne les laisse pas dans l'ombre. Elle baptise désormais cause impulsive et déterminante ceux des mobiles personnels aux contractants et extrinsèques à l'acte, qu'elle estime être décisifs pour l'appréciation de l'opération. Nous en avons vu les applications en étudiant les décisions relatives aux conventions immorales, notons seulement que ce fut dans le domaine des libéralités que le système fonctionna tout d'abord. La nécessité était en effet plus impérieuse ici que vis-à-vis des contrats onéreux. En dehors de la cause impulsive et déterminante, aucun contrôle ne pouvait être exercé. Les dons entre concubins furent une des occasions principales pour les tribunaux, d'appliquer leur méthode. Peu à peu ensuite, le titre onéreux va se trouver gagné par la théorie moderne, et désormais la jurisprudence utilise de plus en plus le nouveau moyen mis à sa disposition pour scruter l'intention des contractants. Une des applications les plus parfaites est celle qui se rapporte aux effets de complaisance.

Toute difficulté, cependant, n'est pas encore résolue, car il reste à déterminer quels sont les mobiles qui vont être considérés comme constituant la nouvelle notion de la cause. Il est impossible, en effet, de prendre également en considération toutes les raisons qui ont pu porter chaque

partie à s'obliger. Si l'immoralité d'un motif même très secret, pouvait entraîner la nullité, plus aucune sécurité n'existerait dans les transactions. La jurisprudence a su très heureusement tracer les limites de son investigation, et elle établit à ce sujet une distinction entre les actes à titre gratuit, et les actes à titre onéreux.

La situation n'est pas la même dans les deux cas. Dans un acte gratuit, le disposant fait vraiment la loi du contrat. Qu'il s'agisse d'un legs — où le gratifié n'a pas à intervenir — ou d'une donation entre vifs, son rôle se borne à une acceptation qui ne saurait être que passive. Pourquoi, dans ces conditions, tenir compte de l'état d'esprit du gratifié ? Il n'a pas influé sur le contrat ; aussi, la jurisprudence ne s'en occupe-t-elle jamais. C'est donc l'intention du donateur qui sera déterminante, et par intention il faut entendre celui des mobiles qui a été décisif dans la décision à intervenir : le mobile impulsif et déterminant.

Un chèque est remis par un individu à sa concubine. Dans quel but ? Supposons « animus donandi ». Quel est le mobile ? Lui assurer, après séparation, un certain niveau de vie. Peut-être le donateur avait-il en même temps d'autres idées : faciliter la séparation, réparer le dommage causé, etc... Le juge ne peut s'y arrêter, ces mobiles sont trop secrets, trop flous et ils n'ont pas été vraiment décisifs. Seul, le principal, celui qui a déterminé le donateur, sera retenu et apprécié, mais il n'est pas nécessaire que le gratifié l'ait connu.

Envisageons, au contraire, le cas d'un contrat onéreux. Ici, en principe, les volontés sont concourrantes et se valent. Dans un prêt, les parties discutent librement de la durée, du taux d'intérêt, etc... ; de même les modalités

d'une vente. Donc, dans les contrats onéreux, les deux volontés sont à examiner. Cela ne signifie pas d'ailleurs qu'il suffise d'appliquer à chacune d'elles la règle énoncée pour celle du disposant dans le contrat gratuit. Il faut se rappeler qu'en ces matières deux considérations interviennent : la protection due à la règle morale et la sécurité des transactions. Pour que celle-ci soit assurée, la nullité ne doit pas être prononcée pour un motif inconnu de l'une des parties, eût-il été déterminant pour l'autre. Un bailleur de fonds, par exemple, a prêté à un commerçant une certaine somme, son motif déterminant est de faire fructifier son capital. Il ignore les intentions exactes de l'emprunteur. Or, celui-ci destine les fonds à l'installation d'une maison de tolérance. La cause de son emprunt est donc immorale. Pourra-t-il demander la nullité du contrat ? Non, la sécurité des affaires ne le permet pas. Pour que la nullité puisse être prononcée, il faut que les deux parties aient connu le motif immoral, il faut qu'il y ait eu but commun immoral. La notion de cause est donc ici plus restreinte que dans le cas précédent : c'est aussi le motif impulsif et déterminant qui est pris en considération, mais une condition de plus est exigée : que ce motif existe de part et d'autre. Nous avons vu qu'ainsi s'expliquaient les solutions en apparence divergentes données à propos des contrats relatifs aux maisons de tolérance (assurances, fournitures de deurrées, fournitures de services, etc...).

Cette construction de la jurisprudence française ne rencontre pas que des approbations dans la doctrine. Certains auteurs s'efforcent d'en nier l'existence, d'autres d'en démontrer le danger. Elle nous paraît pourtant nécessaire.

Il n'est pas inutile, pour s'en convaincre, de jeter un

regard sur le droit allemand qui, parti d'un point de vue tout opposé a fini par se rallier à un système voisin du nôtre.

Le droit allemand des obligations est basé sur le principe de l'autonomie de la volonté. Cela ne lui est pas particulier, mais il en tire cette conséquence qu'il n'y a pas de contenu légal d'un acte, fixé a priori. Ce contenu est celui que les parties ont voulu, en l'extériorisant dans la déclaration de volonté. Si donc, la déclaration ne comporte qu'une promesse abstraite, détachée de tout ce qui s'y rapporte, cette promesse se trouve, du fait même, dotée d'une vie juridique indépendante. Elle forme un tout au delà duquel le juge ne pourra pas aller.

Si la déclaration comporte seulement ce que les parties ont voulu y mettre, elle contient, par contre, tout ce qu'elles ont voulu y incorporer. Ce que le droit français appelle cause a disparu du code allemand : une seule chose compte, le contenu de la déclaration, mais celle-ci est entendue dans toute sa réalité, indépendamment de la forme extérieure dont les parties l'ont revêtue.

Quelles devraient être, en notre matière, les conséquences de ce système ? Lorsque l'immoralité portera sur un élément resté en dehors du contenu de la déclaration, — ce sera toujours le cas en matière de contrats abstraits — elle n'aura aucune influence sur l'acte lui-même. La seule ressource sera alors l'art. 817. « Lorsque le but d'une prestation était établi de telle sorte que le bénéficiaire se soit mis, par son acceptation, en contravention avec une défense légale ou avec les bonnes mœurs, le bénéficiaire est obligé à restitution... » Ressource assez restreinte, puisqu'elle nécessite de la part du bénéficiaire, une acceptation contraire aux bonnes mœurs.

Le premier projet (art. 106 P 1.) s'arrêta en effet à ces conséquences logiques. C'était, en un sens, une analogie avec le système français de la cause puisque le caractère illicite ou immoral ne pouvait être recherché en dehors de la déclaration (celle-ci tenant lieu de cause), mais aussi une grave divergence, car la cause en droit français est ce qu'elle est, et non ce que les parties veulent qu'elle soit.

Cet article 106 P1 était en parfaite harmonie avec la théorie de la déclaration, mais il avait bien des inconvénients. Le contenu de la déclaration imposant une limite absolue aux investigations du juge, tout contrôle de la moralité allait lui échapper. Quoi de plus simple en effet, pour les parties, que de laisser en dehors du contenu formel de l'acte l'élément illicite, ou mieux encore, de recourir à la promesse abstraite ? La voie se trouvait libre pour toutes les fraudes, et toutes les opérations même les plus scandaleuses.

Reculant devant ces résultats la seconde commission se décida à ouvrir une brèche sur ce point dans la théorie de la déclaration. L'art. 138 parle « d'acte juridique qui porte atteinte aux bonnes mœurs », se gardant de préciser qu'il faut examiner seulement le contenu de l'acte.

Cette limite du contenu formel ayant disparu, jusqu'où le juge va-t-il pouvoir faire porter son investigation ? La notion de cause étant absente du droit allemand il semblerait qu'aucune borne n'existe plus désormais et que le juge puisse scruter tout ce qui effectivement constitue la volonté des parties, et jusqu'aux moindres mobiles. C'est ce qui semble ressortir du Protocole. En fait, pourtant, cette solution est inapplicable. Nous avons constaté que le droit français, bien que très soucieux de moralité, n'avait pu aller jusque-là. La sécurité des transactions doit entrer

en ligne de compte, de sorte que les auteurs et la jurisprudence allemande se sont mis à la recherche d'un compromis entre les exigences opposées de la moralité et de la sécurité.

Un premier système fut proposé par Saleilles (1). Cet auteur raisonnait ainsi : « La nullité du contrat, en matière civile, n'est pas une peine infligée à un coupable, c'est une satisfaction donnée à la morale publique », satisfaction basée sur cette idée que la loi ne peut se mettre au service d'un acte que les bonnes mœurs réprouvent. Or, il faut, pour qu'il en soit ainsi, que cet acte, les bonnes mœurs le connaissent dans toute sa complexité interne. Elles ne peuvent le connaître dans son ensemble psychologique que si le mobile de l'acte a été l'objet d'une expression extérieure. S'il reste à l'état interne « il n'est pas permis à l'opinion publique de le présumer, et de juger sur ce qui ne serait même pas les apparences ». Donc, l'appréciation du juge dépasse le contenu de la *déclaration*, mais doit s'arrêter à celui de la *manifestation* de volonté. Or, d'après Saleilles, la déclaration étant l'expression juridique de la volonté, la manifestation en est l'expression réelle dans sa constatation objective.

Ce n'est pas là d'ailleurs, dans la pensée de Saleilles, une règle absolument immuable, car, en toutes ces matières, le droit allemand est dominé par un idéal de moralité actuelle. Il faut donc conclure que « le juge a le droit de porter ses investigations au delà de la déclaration, lorsque l'usage commercial va au delà du contenu d'un acte juridique pour le condamner comme contraire à la loyauté, et il n'a pas le droit de les porter au delà de la

(1) SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, art. 138, nos 26 et s.

limite précise où ce même usage commercial arrête ses propres appréciations ». C'est une nouvelle application de la notion de bonnes mœurs moyennes, d'usage courant, non plus comme fixant le critérium de l'immoralité, mais comme traçant la limite au delà de laquelle ce critérium ne pourrait être utilisé.

Ce système qui semblait bien correspondre aux conceptions objectives du code n'a cependant pas rallié la totalité des auteurs. A beaucoup, il a paru trop flou, et laissant trop de place à l'arbitraire. Certains juristes tels Lotmar et Oertmann enseignèrent que l'immoralité subjective des parties ne peut avoir aucun rôle. A leur avis, par conséquent, l'investigation du juge n'aurait dû, dans aucun cas, dépasser les éléments externes du contrat (1). Citons encore comme gagnés à ces idées : Crome, Dick, Holder (1). Mentionnons enfin l'existence d'une opinion intermédiaire d'après laquelle l'illicéité des éléments subjectifs, motifs et but, ne pourrait intervenir qu'à titre indicatif sans jamais provoquer à elle seule la nullité du contrat (2).

Aucune de ces théories n'a passé dans l'application jurisprudentielle. Les tribunaux allemands, et en particulier le Reichsgericht, ont, en maintes occasions, poussé leur examen jusqu'aux mobiles de l'acte, et leur ont souvent attribué une importance décisive.

Il ressort, en effet, de l'analyse de la jurisprudence (3), qu'elle distingue trois sortes de contrats immoraux : ceux qui peuvent être annulés pour la seule immoralité de

(1) Cf. ZENO OPREA, *Essai sur la notion de bonnes mœurs dans les obligations en droit civil allemand*. Thèse Paris, 1931, p. 111.

(2) STAUDINGER, *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, dritter, Abschnitt, Zweiter Teil*, IV, p. 573 (cité par Oprea).

(3) Nous l'empruntons à M. OPREA, *op. cit.*, p. 123 et s.

l'objet, sans qu'il y ait lieu de se livrer à une recherche d'intention. Ce sont les cas où s'appliquerait en droit français l'art. 1128 Code civ. En second lieu, les hypothèses dans lesquelles l'immoralité doit être dégagée « à la fois du contenu, du but, et des motifs de la convention ». Enfin, une troisième série d'espèces pour lesquelles il faut pousser l'investigation jusqu'aux mobiles des parties pour découvrir l'élément immoral.

La deuxième catégorie est constituée surtout par les conventions relatives aux maisons de tolérance. « L'article 138⁽¹⁾ B. G. B. s'applique surtout aux actes juridiques qui, par leur contenu, leur but et leurs motifs, les éléments subjectifs et objectifs, portent atteinte aux bonnes mœurs » (1), déclare le Reichsgericht dans un arrêt de 1910. Plus tard, la même juridiction admit la nullité d'un contrat de louage de services passé entre un domestique et le directeur d'une maison close, déclarant que l'immoralité « ne saurait résulter que du contenu d'ensemble de l'acte juridique, parce que, en dehors des déclarations strictement juridiques, il y a, en l'espèce, des circonstances particulières qui ont une importance décisive pour l'application de l'art. 138⁽¹⁾ B. G. B. » (2).

La troisième série d'espèces est, à notre point de vue, la plus intéressante, car elle présente des cas de recherche psychologique à l'état pur. Dans la catégorie précédente, l'immoralité ressortait à la fois de plusieurs éléments du contrat. Ici, les juges vont la chercher dans les seuls mobiles. C'est surtout en matière de jeu et de dons entre concu-

(1) R. G., 17 déc. 1910. R. G. E., 75, p. 74. Cet arrêt, ainsi que tous ceux que nous citons en cette matière sont empruntés à l'ouvrage cité de M. OPREA.

(2) R. G., 23 janvier 1912. R. G. E., 78, p. 258.

bins que cette hypothèse a trouvé l'occasion de prendre corps, et cela sous deux formes : d'abord dans le cas où, d'après l'application normale des principes juridiques, il devrait y avoir nullité pour immoralité, et où le contrat est cependant déclaré valable, en considération d'un mobile moralement louable ; d'autre part, situation inverse dans le cas d'une convention techniquement valable, annulée en raison des motifs immoraux qui l'ont inspirée. On rencontre une espèce de la première catégorie dans un arrêt de 1908 : un prêt en vue du jeu a été consenti. Est-il nul ? l'arrêt le déclare valable, s'appuyant pour cela sur le fait que le prêteur avait agi par pure amitié, et n'avait aucunement l'intention d'en tirer profit (1). Par contre, la deuxième hypothèse trouve à s'illustrer dans une convention relative au concubinage : un individu promet par contrat de verser à sa maîtresse une somme de 15.000 marks s'il vient à se marier. Cette condition se réalise, le promettant argue de la nullité pour immoralité. Le Reichsgericht déclare cependant la convention valable, tout comme l'aurait fait la Cour de cassation française, et cela parce qu'il a pu constater que le mobile de l'acte n'était pas de récompenser les rapports sexuels, mais de dédommager la concubine du préjudice que la liaison lui avait causé (2).

Ces exemples nous semblent concluants : les rédacteurs du Code civil allemand, théoriciens aux idées modernes, étaient imbus de logique, de sécurité dans les transactions, d'objectivité. Ils ont dû apporter à tout cela les correctifs nécessaires pour faire place à l'examen des mobiles. Aban-

(1) R. G. E., 67, p. 355.

(2) R. G., 23 fév. 1920. R. G. E., 98, p. 176.

don de la logique, car le paragr. 138 est une brèche dans la théorie de la déclaration qui, par ailleurs, domine le droit allemand des obligations. Sacrifice aussi, dans une certaine mesure, du principe de sécurité, puisque la validité des conventions dépend de mobiles qui ont pu être ignorés, sinon des parties, tout au moins des tiers. Grave entorse enfin à l'objectivité, car quoi de plus subjectif que les motifs d'un acte ? La nécessité de ces dérogations est largement démontrée par l'utilisation qu'en a aussitôt fait la jurisprudence (la plupart des décisions citées remontent en effet au début du siècle).

Comment soutenir, dans ces conditions, que la théorie de la cause impulsive et déterminante est inutile et dangereuse ? A notre sens, elle est nécessaire, inéluctable, son domaine ne fera désormais que s'agrandir. Elle correspond aux nécessités pratiques, elle est dans la ligne de l'évolution de la cause dont l'histoire est celle d'un élargissement constant.

SECTION III. — La Condition.

L'objet et la cause sont des éléments nécessaires. Ils figurent dans tout contrat. Il est donc naturel qu'ils communiquent à l'opération tout entière le vice d'immoralité dont ils pourraient être atteints. La charge et la condition, au contraire, éléments accessoires, n'entraînent pas toujours cette conséquence. Cela peut arriver cependant, et, en tous cas, leur illicéité n'est jamais sans effet. L'investigation du juge doit donc s'appliquer à elles comme aux autres éléments. Il nous faut par conséquent, préciser en quoi consiste chacune d'elles, et examiner dans quelles

circonstances elles doivent être considérées comme immorales.

Il ressort de l'art. 1168 que la condition est un élément futur et incertain dont dépend la naissance ou la résolution de l'obligation. Aucun texte, au contraire, ne définit la charge, et même, il semblerait, à la lecture du code, qu'il n'y ait pas lieu de la distinguer de la condition. Les art. 953 et 954, relatifs à la révocation des donations, prévoient qu'elle aura lieu « pour cause d'inexécution des conditions ». Le mot charge ne figure pas au texte. Il y a lieu pourtant, en général, de bien distinguer les deux modalités, car leurs effets ne sont pas identiques.

La condition résolutoire opère ipso jure. L'acte qui en est assorti se trouve automatiquement résolu par le seul fait de sa survenance. Au contraire, la non-exécution d'une charge laisse subsister l'acte jusqu'à ce qu'une décision judiciaire soit intervenue, le déclarant caduc. En outre, la charge étant généralement imposée au profit d'un tiers confère à celui-ci un droit : celui de demander son exécution. La condition est affaire entre celui qui l'impose et celui qui l'accepte. Aucun tiers n'est susceptible d'en retirer d'action.

Mais si les intérêts qu'il y a à faire la distinction sont facilement aperçus, il n'en est pas de même du critérium utilisable. Sans doute, aucune difficulté ne s'élève lorsqu'il s'agit de distinguer la charge d'une condition suspensive, car celle-ci diffère la naissance même de l'obligation, tandis que la charge n'est pas un obstacle à son existence. De même, il est aisé d'établir une distinction entre charge et condition résolutoire casuelle, car, à la différence de cette dernière, la charge ne s'accomplit que par une intervention du gratifié, mais la difficulté réside dans la différenciation

de la charge d'avec la condition résolutoire potestative. Plusieurs systèmes ont été proposés (1). Il semble que le seul vraiment satisfaisant soit celui de Capitant : c'est le caractère économique de la modalité qui est décisif. La charge a un caractère objectif, elle tend à donner aux biens compris dans la libéralité une certaine affectation. La condition potestative tend à imposer au gratifié une abstention ou un acte concernant sa personne. On aboutit ainsi à cette définition de la charge, bien distincte de celle que nous avons donnée pour la condition : « La charge est une obligation concernant les biens donnés, imposée au gratifié et acceptée par lui, obligation qui consiste, soit à les affecter en tout ou en partie à un emploi déterminé (fondation, rente viagère à un tiers) soit à ne pas les aliéner » (2).

Sur cette différence de nature, une théorie s'est fondée, prétendant que l'art. 900 n'était pas applicable au cas où la charge serait illicite, mais seulement l'art. 954 relatif à leur inexécution. Nous verrons ce qu'il faut penser de ce point de vue en étudiant la sanction du contrat immoral. En tous cas, aucune différence ne doit être faite entre condition et charge dans la manière, pour le juge, de procéder à l'examen de la modalité. Nous préciserons donc à la fois pour l'une et pour l'autre quand elles doivent être considérées comme immorales.

Avant d'exposer notre manière d'envisager la question, nous croyons devoir nous arrêter quelque peu à examiner la thèse de M. Bartin, l'un des auteurs modernes qui a le

(1) Voy. notam. : SAVAT, R. T., 1921, p. 1005 et R. T., 1931, p. 631.

(2) CAPITANT, *De la cause des obligations*, n° 201.

plus approfondi l'étude des conditions impossibles illicites, ou contraires aux bonnes mœurs.

Cette thèse peut, nous semble-t-il se résumer ainsi : Les modalités illicites sont à distinguer nettement des modalités immorales. Pour découvrir les premières il suffit de se demander quelle est la nature du fait qu'elles tendent à déterminer, mais il n'y a pas à s'occuper du tout « du mobile psychologique et du but ultime qui ont guidé son auteur » (1). Au contraire, le critérium des conditions immorales serait la seule intention de celui qui les impose. Il s'agit toutefois de bien s'entendre sur les termes : « Ce n'est pas à l'intention immédiate de l'auteur de la condition qu'il faut s'attacher, puisque si l'on s'attachait à cette intention immédiate de produire tel fait, et d'enlever au bénéficiaire de l'acte tel droit inaliénable, toute condition qui toucherait aux mœurs, qu'elle y fut conforme ou non, serait invariablement illicite et nulle. C'est l'intention ultime du disposant qu'il faut envisager. A-t-il poursuivi un but moralement louable, socialement utile, la condition est conforme aux mœurs, et partant valable. Dans le cas contraire, elle est nulle, moins parce qu'elle blesse les mœurs que parce qu'elle tend à supprimer en fait un droit inaliénable... » (2).

Il est encore un trait saillant dans la thèse de M. Martin, c'est que les conditions conformes aux bonnes mœurs sont forcément illicites, la loi les tolère cependant parce qu'elles sont imposées dans un but louable. Exemple : « La condition de contracter mariage avec une telle per-

(1) BARTIN, *Théorie des conditions impossibles illicites et contraires aux bonnes mœurs*, p. 128.

(2) BARTIN, *op. cit.*, p. 247.

sonne quand le disposant a un intérêt moral sérieux et légitime à la voir épouser par celui qu'il gratifie, est une condition conforme aux bonnes mœurs. En porte-t-elle une moindre atteinte à la liberté du mariage chez celui à qui elle s'adresse ? »

Nous nous séparons à plusieurs points de vue de la conception qui vient d'être exposée. D'abord, nous utilisons une terminologie quelque peu différente. Les bonnes mœurs étant à notre avis, insérées dans l'ordre public, nous appliquons le qualificatif illicite aux modalités qui y contreviennent. M. Bartin, au contraire, réserve ce terme aux charges ou conditions contraires aux autres règles d'ordre public.

Cette précision étant donnée, voici le fond de notre système : une modalité est entachée d'immoralité dans deux cas : si elle a été dictée par des mobiles immoraux, ou si elle tend à imposer un acte immoral. Nous considérons comme acquis que la règle morale adoptée par la jurisprudence est celle de la morale chrétienne. Donc, quand nous disons immoral nous entendons contraire à cette notion précise.

Le juge, tout d'abord doit se livrer à une recherche psychologique, et apprécier la valeur des mobiles qui ont dicté l'acte. Il faut toutefois, croyons-nous faire ici une distinction analogue à celle que nous avons établie en étudiant la cause impulsive et déterminante. La condition a-t-elle été imposée par la volonté d'un seul, comme c'est le cas lorsqu'elle accompagne une libéralité : les motifs à considérer sont alors ceux du disposant seul. Au contraire, a-t-elle été librement débattue et acceptée, les mobiles à considérer sont ceux qui, dans l'intention commune des parties ont été décisifs.

Qu'il faille procéder à une recherche d'ordre psychologique, cela est évident dès lors que la jurisprudence utilise comme critérium une morale abstraite. Dans la morale chrétienne, en particulier, la valeur d'une action se fonde sur l'intention qui l'anime. Pour en appliquer les règles, il faut donc, dans la mesure du possible, juger l'état d'esprit de l'auteur de l'acte. Nous avons rencontré une application très poussée de cette recherche du juge en matière de conditions de viduité et d'interdiction du mariage, il n'y a donc pas lieu d'insister davantage, mais ce qu'il faut préciser, c'est que le même procédé doit être utilisé pour la charge. Nous n'en avons pas trouvé d'exemples en jurisprudence, car la charge immorale est un fait rare, mais on peut se convaincre que telle est bien l'orientation de la jurisprudence en examinant le cas voisin de la charge contraire à d'autres principes d'ordre public, en particulier de celle qui consiste en une interdiction d'aliéner.

La clause d'inaliénabilité est, en principe, nulle. Cependant, la jurisprudence moderne consent de plus en plus à la valider lorsqu'elle repose sur des motifs légitimes. Elle considère tels ceux qui sont tirés de l'intérêt de l'acquéreur, le disposant ayant voulu, par exemple, protéger le donataire « contre les prodigalités auxquelles il aurait pu se laisser entraîner dans l'effervescence de la jeunesse » (1). Légitimes aussi sont les motifs tirés de l'intérêt du disposant (2), ou même de l'intérêt d'un tiers, par exemple du bénéficiaire d'une rente viagère (3).

De ces exemples nous tirerons une double conclusion :

(1) Req. 23 mars 1903. D. 1903.1.337, note PLANIOL. S. 1904.1.225, note TISSIER.

(2) Civ. 22 juill. 1896. D. 98.1.17, note PLANIOL.

(3) Civ. 16 mars 1903. D. 1905.1.126. S. 1905.1.113, note TISSIER.

d'abord, ce que la jurisprudence fait pour la charge contraire à l'ordre public au sens étroit du mot, elle le ferait aussi pour la charge immorale si l'occasion se présentait, nous voulons dire qu'elle rechercherait l'intention ayant présidé à son imposition. En outre, cette attitude prouve que l'opinion de M. Martin d'après laquelle il n'y a pas lieu à recherche psychologique pour déterminer le caractère illicite (au sens de M. Martin) d'une charge ou condition, n'est pas toujours exacte.

Tel est le premier examen qui s'impose au juge : les mobiles qui ont été décisifs. S'ils sont immoraux, la condition doit être déclarée contraire aux bonnes mœurs. Mais il ne suffit pas que les motifs soient louables pour que la condition le soit également : il faut aussi que l'acte imposé soit lui-même conforme aux bonnes mœurs. Un exemple le fera aisément comprendre : un individu adresse à un autre une libéralité sous la condition qu'il continue à vivre pendant tant d'années en état de concubinage avec telle personne. Supposons que les mobiles qui ont inspiré le disposant soient parfaitement légitimes : c'est un partisan sincère de l'union libre, il considère que le gratifié ferait une injure ou causerait un dommage à la concubine en cessant la vie commune. La condition est-elle conforme aux bonnes mœurs ? Non évidemment, car la situation qu'elle impose à celui qui y est soumis est contraire à cet ordre moral considéré par la jurisprudence comme intégré dans l'ordre public.

En somme, le juge doit se placer cette fois, non plus du côté de celui qui impose la condition, mais de celui qui doit l'exécuter, et son investigation doit porter non sur les mobiles de son acceptation, car ils sont restés sans influence sur l'acte (sauf le cas précédemment envisagé

d'une condition librement débattue) mais sur la situation qui lui est faite ou, au moins, que la condition tend à lui faire (car il peut toujours s'y soustraire en refusant de se soumettre à la condition et en perdant alors le bénéfice de l'acte).

Si la modalité satisfait à ce double examen, elle est conforme aux bonnes mœurs. Sera-t-elle, pour autant, valable ? Pas nécessairement, car une condition ou charge, moralement bonne ou indifférente, peut heurter d'autres règles d'ordre public. Nous ne pensons pas, comme M. Bartin, que toute condition conforme aux bonnes mœurs soit contraire aux règles d'ordre public qui ont trait à la liberté individuelle. Si réellement tout acte contraire à la liberté était juridiquement sans valeur, non seulement toutes les conditions, mais tous les contrats seraient interdits. Or, le premier droit que confère la liberté est celui de l'aliéner. Ne sont annulés comme contraires à la liberté que les actes qui y portent une atteinte très grave sans motifs légitimes.

Le conflit envisagé par Bartin, s'il n'est pas général peut néanmoins, se produire ainsi que le démontre cette espèce jugée par la cour de Douai : Un sieur T... avait, par disposition testamentaire, ordonné à son frère de remettre à la demoiselle Eugénie T... sa nièce, et le jour de son mariage, le tiers de sa propre fortune. Ce legs était subordonné à l'approbation du mariage par « les autres membres de la famille T... faisant partie du conseil de famille ». Un des membres de ce conseil refusa son consentement. Le mariage eut lieu cependant. Le legs devait-il être délivré ? La Cour de Douai décida que si la condition ne présentait « aucun caractère contraire aux bonnes mœurs » elle était cependant nulle comme contraire à la loi, puisqu'elle ne

pouvait « recevoir son exécution qu'en imposant à la législature une autorisation que la loi ne prévoit pas », et devait entraîner la nullité du legs (1).

Cette décision est à notre avis justifiée, et c'est encore un point sur lequel nous ne pouvons nous ranger à l'opinion de M. Bartin. Lorsqu'une condition est conforme aux bonnes mœurs, elle n'est pas obligatoirement contraire aux autres règles d'ordre public, mais si elle l'est (comme dans le cas de l'arrêt), M. Bartin dit : elle est cependant valable par égards pour les motifs qui l'inspirent, nous pensons au contraire qu'elle prend purement et simplement le caractère de condition contraire à l'ordre public.

Nous tenons à souligner que nous n'avons pas énuméré comme devant être soumis à l'examen du juge, le fait qui est l'objet de la condition. Celui-ci peut en effet être contraire aux bonnes mœurs, la condition sera cependant valable si elle tend à l'écarter. Par exemple, un individu X, s'engage à verser à Y, une certaine somme si lui-même X noue avec telle personne des relations immorales. L'objet de la condition, les relations illicites, n'est pas conforme aux bonnes mœurs, et cependant la condition l'est. Appliquons en effet, les deux règles que nous avons dégagées : Les mobiles qui ont inspiré l'auteur de la condition sont moralement louables. L'action imposée (ou plutôt l'abstention) est moralement bonne, donc, la condition est conforme aux bonnes mœurs. Cette conclusion découlerait, s'il en était besoin, des principes qui sont à la base de la prohibition des modalités immorales : empêcher certains agissements que la loi juge nuisibles à la bonne harmonie sociale. La condition ou la charge est donc cer-

(1) Douai, 22 juillet 1907. D. 1907.2.344.

tainement valable quel que soit son objet si elle tend au même but que la loi elle-même.

L'investigation du juge en matière de condition ou charge doit donc porter sur deux éléments : mobiles du contractant qui l'impose, fait imposé. La contradiction d'un de ces éléments avec la morale adoptée par le droit est nécessaire et suffisante pour que la condition soit déclarée contraire aux bonnes mœurs.

SECTION IV. — **L'orientation du contrat : la fraude.**

Irréprochable dans son objet, sa cause, et dans les conditions dont il est assorti, le contrat n'est pas encore assuré de la validité. Chacun des éléments que nous venons d'étudier est un des composants de l'acte. Lorsqu'ils sont réunis, ils forment un tout nettement distinct de chacune de ses parties. C'est l'orientation de ce tout qu'il nous faut maintenant considérer. C'est elle que l'on condamne en disant que le contrat est entaché de fraude.

Cette approximation étant faite, rien n'est plus difficile que de préciser ce qu'est la notion de fraude. Largement utilisé par les tribunaux qui trouvent en lui un moyen commode pour sanctionner les agissements qu'ils réprouvent, ce concept a perdu en précision ce qu'il gagnait en étendue. La doctrine s'en est emparée, mais l'unanimité ne s'est pas faite, de sorte qu'aujourd'hui encore, on en trouve autant de définitions que d'auteurs. Beaucoup plus, en tous cas qu'il ne serait désirable.

Nous ne chercherons pas à en établir une de plus, mais nous allons étudier les principaux cas de fraude, tels qu'ils se présentent devant la jurisprudence, afin d'aboutir non pas à une définition abstraite, mais si possible à préciser

ce que les tribunaux recouvrent sous ce terme un peu mystérieux : la fraude.

1^o PRINCIPAUX CAS DE FRAUDE DEVANT LA JURISPRUDENCE.

La fraude, tout d'abord, peut se réaliser par acte matériel. C'est le cas de la contrebande douanière, de la fraude fiscale, lorsqu'elle a lieu par dissimulation, fausse déclaration, etc..., de la fraude sur marchandises, et d'une infinité d'autres opérations dont l'ingéniosité des bénéficiaires multiplie sans cesse les modalités comme les applications.

Nous ne nous y arrêterons pas. Ces catégories de fraude ne mettent pas en cause la validité du lien juridique qu'elles méconnaissent. Parfois ces procédés tombent sous le coup de la loi pénale ou de pénalités fiscales. S'ils ont pour but de soustraire le débiteur à l'exécution d'un contrat, ils sont prévus par l'art. 1151 C. civ. Des dommages-intérêts sont dus.

Le Code, cependant, a prévu et réglé un cas particulier qui doit être signalé. Un individu, par contrat, s'est rendu débiteur sous condition. S'il empêche, par son fait, la condition de se réaliser, il sera néanmoins tenu (art. 1178). C'est une exception au principe de l'art. 1151, ou peut-être une application si l'on considère que le fait de réputer la condition accomplie tient lieu, en l'espèce, de dommages-intérêts.

Tous ces cas sont, pour nous, de peu d'intérêt. Même si des fraudes matérielles s'attaquent à un contrat, celui-ci reste valable. Ce sont peut-être en eux-mêmes des actes immoraux, mais ils ne vicient pas le contrat.

Seuls les cas de fraude par acte juridique feront l'objet

de cette étude. Ils sont, eux-mêmes, fort nombreux, et nous n'envisagerons que les principaux.

a) *Fraude dans les rapports contractuels internationaux.*

C'est le droit international privé qui a mis à la mode la notion de fraude à la loi. Elle y comporte de multiples applications, en particulier dans la matière de la nationalité, mais rentrent seulement dans notre sujet l'étude de la fraude dans les rapports contractuels, pour le moment dans les rapports contractuels internationaux.

Le principe qui régit les contrats, en droit international privé plus encore qu'en droit interne, est celui de l'autonomie de la volonté : les parties peuvent choisir, pour régir la conclusion et les effets de l'acte, la loi qui leur convient le mieux. On conçoit que cette règle puisse conduire à des abus. Quoi de plus tentant, en effet, pour des individus qui désirent passer un contrat au mépris d'une disposition législative d'ordre public interne, que de recourir au contrat international et de se placer sous la protection d'une loi étrangère. Avant la loi du 31 déc. 1925, le système était fréquemment utilisé pour tourner la prohibition des clauses compromissaires en droit français. Il l'est encore aujourd'hui pour écarter la nullité des clauses-or dans les rapports économiques internes. Mais la jurisprudence ne s'est pas laissé faire. Elle n'hésite pas à déclarer que si l'autonomie de la volonté est le principe, cette autonomie trouve une limite dans la notion de fraude à la loi. Reste à savoir ce qu'elle entend par là.

Pour que la notion de fraude à la loi trouve à s'appliquer en cette matière, il faut que les parties aient réellement passé un contrat de nature internationale. Nous pen-

sons donc qu'il faut approuver l'arrêt de la Cour de Rennes (1) rendu dans les conditions suivantes : Une société française avait passé avec un particulier français, un contrat dont l'exécution devait avoir lieu en France. Les parties désiraient insérer dans leur convention la clause compromissaire, alors interdite par notre droit interne. Elles avaient donc adopté une rédaction de nature à faire croire que le contrat avait été passé, et devait être exécuté à Londres. Ceci fait, par référence au principe d'autonomie qui régit les contrats de droit international, elles avaient inséré la clause, qui est valable aux yeux de la loi anglaise. La Cour de Rennes ne se crut pas liée par cette apparence, mais, pour déclarer nulle la clause compromissaire en question, elle n'invoqua pas la fraude à la loi qui n'était pas en cause. « Attendu qu'il n'est pas loisible aux intéressés de soumettre à leur simple gré leurs conventions au droit international pour échapper aux prohibitions de leur droit interne, que le domaine du droit international est restreint au cas où les conflits de loi sont réellement possibles ».

Dans l'espèce, par conséquent, s'il y avait bien intention de violer une prohibition légale, la fraude à la loi n'était cependant pas réalisée. car il y manquait un élément matériel : un contrat de nature internationale. Dans l'affaire jugée par la Cour de Rennes, seule l'apparence de cet élément existait. En réalité, c'était un contrat de droit interne comprenant une clause interdite par une loi prohibitive.

Le premier élément de la fraude dans les rapports contractuels internationaux, est donc la passation d'une

(1) Rennes, 26 juillet 1926. G. P. 1927.1.59. D. H. 1926.573.

convention internationale réelle. Un élément intellectuel doit y être ajouté, et qui est essentiel : il faut que les parties aient adopté cette sorte de contrat sans intérêt légitime, mais dans le but de se soustraire à une prohibition de la loi française. A titre d'exemple on peut imaginer le cas de deux français qui, pour échapper à la prohibition des clauses — ou en période de cours forcé, s'arrangeraient pour créer le flux et le reflux de valeurs par dessus la frontière dans le seul but d'éluder la prohibition. Remarquons que leur contrat serait réellement un contrat international. La nullité de la clause viendrait uniquement de son but frauduleux.

Cette intention élément essentiel de la fraude est, en quelque sorte, une intention qualifiée. Le Doyen Ripert (1) dit avec raison, intention moralement coupable. Il ne suffit pas, en effet, que le but poursuivi soit d'écarter la loi ; un français et un étranger passent un contrat qui a réellement le caractère d'un contrat international. Par application du principe d'autonomie, ils se réfèrent, pour régir leur contrat à une loi étrangère. Les deux éléments que nous avons indiqués comme étant constitutifs de la fraude à la loi existent dans ce contrat : élément matériel, contrat international réel, élément intentionnel, écarter les prohibitions de la loi française. Néanmoins le contrat est valable parce que l'intention n'est pas moralement coupable. Le but des parties est bien d'écarter la loi française, mais non de frauder cette loi, car elles l'écartent dans un cas où elle accepte d'être écartée. Concluons donc que l'intention requise pour constituer la fraude doit être moralement répréhensible.

(1) RIPERT, *La règle morale*, p. 350 et surtout 356.

*b) Fraude dans les contrats en droit interne.**α) Fraude à l'encontre d'une catégorie de personnes.*

Nous rangerons d'abord dans cette classe, les contrats passés par le prodigue, dans la période qui précède immédiatement la dation du conseil judiciaire, et qui seraient destinés à en éluder les effets. On peut les considérer comme faits en fraude des droits de sa famille.

La jurisprudence ne s'est pas tout de suite prononcée en ce sens. Par une extension au moins hardie de l'art. 497 qui vise le cas de l'interdit, elle a parfois admis qu'un conseil provisoire pourrait être donné au prodigue. Une autre solution consista dans le recours à l'idée de dol. Les juges se plaçaient, pour examiner l'acte, non du côté du prodigue, mais du côté de son cocontractant. Celui-ci connaissait-il la situation, il était censé avoir abusé de l'inexpérience et des caprices du prodigue, avoir agi par dol (1). Ce système ne connut pas non plus un long succès. Il constituait en effet, une extension excessive de la notion de dol. Celui-ci, en réalité, ne consiste pas seulement à profiter malhonnêtement d'une situation existante, il suppose le recours à des manœuvres destinées à tromper le cocontractant. Tel n'est pas généralement le cas en notre matière. La Cour de cassation eut alors recours à la notion de fraude (2). Suivant les espèces elle précise qu'il s'agit de fraude aux tiers (la famille ou le conseil judiciaire) ou, au contraire, d'une fraude à la loi.

Un arrêt de la Chambre des requêtes du 30 juin 1868 (3)

(1) Paris, 16 déc. 1859. S. 1860.2.307 ; Paris, 10 mars 1854. D. 55.2.146.

(2) S. 1875.1.463.

(3) Req. 30 juin 1868. S. 1868.1.324.

l'un des premiers à avoir eu, en cette matière recours à l'idée de fraude, l'applique non au prodigue lui-même, mais au cocontractant qui était au courant de la situation et a agi « pour faire fraude d'avance à la chose qui allait être jugée » instaurant, en ce cas, une sorte de période suspecte analogue à celle qui précède la faillite. Cette attitude de la Cour de cassation rend nécessaire, pour que la sanction fonctionne, la complicité du tiers. Il doit avoir agi en vue d'éluder les conséquences du jugement à venir. Désormais, la jurisprudence semble fixée en ce sens (1).

Dans les cas que nous venons de citer, les arrêts parlent plutôt de fraude au jugement, mais ils ne semblent pas y voir une formule absolue. On trouve, en effet, un arrêt de la Chambre des Requêtes (2) qui autorise la personne même ayant introduit l'instance en dation de conseil judiciaire à attaquer les actes frauduleusement accomplis par le prodigue au cours de l'instance. Quoi qu'il en soit, la notion que la jurisprudence se fait de la fraude en ces matières est voisine de celle que nous avons vu jouer dans la matière des rapports contractuels internationaux : la Chambre des Requêtes l'a précisée dans un arrêt de 1879 (3) que l'on peut encore considérer aujourd'hui comme constituant la charte de la fraude à la loi en ces matières. Les conditions exigées sont les suivantes : 1^o Convention passée avec le prodigue avant la dation du conseil ; 2^o Connaissance de la part du contractant, de l'imminence des mesures de protection ; 3^o Intention de les éluder. Il semble donc qu'on puisse déduire de cet arrêt que si le tiers, tout en ayant

(1) Cf. notamment : Req. 15 juillet 1903. D. 1904.1.129, note CAPI-TANT, S. 1904.1.446.

(2) Req. 25 juin 1888. D. 1889.1.59.

(3) Req. 15 déc. 1879. S. 1880.1.129.

connaissance de la situation du prodigue n'avait pas agi dans le but de tourner le jugement à intervenir, on ne puisse attaquer son acte comme frauduleux (1).

Ce ne sont pas seulement les jugements à intervenir qui peuvent être fraudés, mais aussi les lois : immédiatement avant le vote de la loi de 1901 sur les associations, une congrégation religieuse, en vue de parer à la main-mise sur ses biens, avait procédé à une vente hâtive. La Chambre des Requêtes a considéré que l'acte était frauduleux (2). Il est évident que dans ce cas comme dans le précédent, pour que la fraude existe, il ne suffit pas que les dirigeants de la congrégation aient connu l'imminence de la disposition législative, il faut encore qu'ils aient passé l'acte en vue de la rendre inopérante à leur égard, ou d'en diminuer les effets.

Pour rester, maintenant, dans le domaine de la fraude à une loi existante, il faut signaler celle qui a pour but de tourner l'interdiction de certaines donations. La jurisprudence ancienne nous en fournit un exemple pittoresque. Une malade, au cours de sa dernière maladie conçut le désir de faire à son médecin donation universelle de tous ses biens, elle en était empêchée par la prohibition de l'art. 910 C. civ. Pour y échapper le médecin et la malade se marièrent in extremis et l'acte de donation fut signé. Peu après la malade mourut. Ses héritiers attaquèrent la donation comme contraire à l'art. 909. La Cour de Paris accueillit leur demande (3), et la Chambre civ. rejeta le

(1) Sic, DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. II, paragr. 696, p. 427.

(2) Req. 26 mars 1902. Cité par JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes*, p. 220.

(3) Paris, 24 fév. 1817. S. chron. 1815. II. 241.

pourvoi (1). Aucune de ces juridictions n'a fait une allusion directe à la fraude à la loi, notion qui eut été, à l'époque considérée comme trop hardie. A la lecture de l'arrêt de cassation, il est pourtant impossible de s'y méprendre. C'est bien de fraude qu'il s'agit. Le principe y est, en effet tout d'abord posé que les donations faites dans ces conditions sont, en principe, valables. Néanmoins, la nullité de l'acte est prononcée. La Cour invoque l'abus d'influence. Mais ce n'est pas là une cause de nullité des donations entre époux. Il faut comprendre que les parties n'ont agi que dans le but de tourner la loi. On se trouve donc en présence de l'élément intentionnel constitutif de la fraude.

Jusqu'ici nous avons vu la jurisprudence sanctionner de sa propre autorité, ce qu'elle considère comme une fraude à la loi. Nous allons examiner maintenant le cas de la fraude paulienne prévu par l'art. 1167 C. civ.

Les créanciers chirographaires ont un droit de gage général sur tous les biens de leur débiteur. Il peut donc arriver qu'un débiteur aux abois cherche à soustraire aux poursuites de ses créanciers une partie de son patrimoine. Dans ce but, il peut avoir recours à toutes sortes de conventions mettant hors de leur atteinte, un élément de son patrimoine, ou, d'une manière plus générale, diminuant celui-ci. Il est admis par le Code civil (art. 1167) et la jurisprudence, que les intéressés peuvent, en leur nom personnel, attaquer ces actes, mais il faut que certaines conditions se trouvent réunies. D'abord que l'acte en question cause préjudice aux créanciers, en outre, qu'il ait été passé par le débiteur dans un esprit de fraude, enfin, s'il s'agit

(1) Civ. 11 janv. 1820. S. chron. 1819-1821, I, p. 164.

d'un acte à titre onéreux, il est nécessaire que le tiers qui en bénéficie ait été complice de la fraude.

Seules ces deux dernières conditions intéressent notre étude. Nous nous proposons d'examiner comment la jurisprudence a compris ces deux exigences. S'agissant de l'application principale de la notion de fraude en droit interne, nous lui attribuons une importance particulière.

La fraude est vraiment le caractère spécifique de l'action paulienne. Or, le Code civil ne la définit pas. L'art. 1167 se contente d'y faire allusion et peut-être faut-il y voir un renvoi à la conception romaine qui, dans l'esprit des rédacteurs du Code, devait certainement servir de modèle en cette matière.

Quoi qu'il en soit, en présence de cette question, deux systèmes ont été soutenus : d'après l'un, la fraude dont la preuve est exigée serait une fraude intention. Pour l'autre, il suffirait de la fraude connaissance. Voyons quelle est la portée exacte de ces affirmations.

D'après les partisans du système de la fraude connaissance, parmi lesquels sont Colin et Capitant, la fraude paulienne est simplement un état d'esprit : c'est la connaissance par le débiteur, du préjudice qu'il va causer à ses créanciers. Ils invoquent à l'appui de leur thèse le témoignage du droit romain, et notamment un texte de Julien ainsi conçu. « Bien qu'on ne démontre pas qu'il ait eu le dessein de commettre une fraude, celui qui sait avoir des créanciers et qui a aliéné tous ses biens doit être considéré comme ayant eu l'intention de frauder ses créanciers » (1). En outre, on peut citer des arrêts en ce sens. « Pour triompher dans l'action paulienne, il faut prouver

(1) JULIEN, 17, paragr. 1. D. Quae in fraud. cred., XVII, 8.

que l'acte dont on demande la révocation a rendu le débiteur insolvable, ou a augmenté son insolvabilité, que le débiteur a eu connaissance de ce résultat » (1), déclare la Chambre civile dans un arrêt ancien. Une décision plus récente de la Cour de Montpellier est encore plus nette. « La fraude paulienne consiste dans la connaissance qu'avait le débiteur de la dette dont il était tenu et dans le fait qu'il a passé un acte par lequel il s'est rendu insolvable » (2).

Au contraire, d'après les tenants du système de la fraude-intention, pour réussir dans l'action, il faudrait démontrer que le débiteur a agi dans le but de frustrer personnellement celui qui intente l'action ou dans l'intention de nuire à tous ses créanciers. Les arrêts, en ce sens, sont en effet plus nombreux (3) et la majorité des auteurs partage cet avis (4).

En fait, il n'y a peut-être pas une différence si grande entre les deux notions. Il est rare que le débiteur aux abois agisse dans la seule intention de frustrer ses créanciers. Son état d'esprit est moins simple. L'on peut dire qu'en général, il n'a pas pour but de diminuer le gage de ses créanciers, et si vraiment cette preuve était exigée, l'action paulienne échouerait presque infailliblement. Prenons l'exemple d'un débiteur obéré. Il réalise ce qui lui reste de fortune et consacre la somme obtenue à se constituer une rente viagère. Il est évident que son but n'est pas de nuire à ses créanciers, mais de se mettre, pour le reste de sa vie, à l'abri du besoin.

(1) Req. 25 juin 1895. D. 95.I.486.

(2) Montpell., 7 juill. 1932. D. 1933.2.97.

(3) Voy. notam. : Req. 24 nov. 1835. S. 36.1.350 ; 28 nov. 1855. D. 56.1.319. S. 56.1.680 ; Civ. 27 juin 1899. S. 99.1.345 ; Civ. 29 juill. 1902. D. 1903.1.383 ; Req. 3 mai 1910. D. 1910.1.462.

(4) LAURENT, XVI, n° 445 ; LAROMBIÈRE, t. II, art. 1167, n° 14 ; HUC, t. VII, n° 221.

Sans doute, il n'ignore pas qu'il va leur causer un préjudice, mais ce n'est là, dans sa pensée, qu'un résultat accessoire. A un degré plus ou moins fort, il en est presque toujours ainsi. Nous pensons donc que, selon l'avis de plusieurs auteurs modernes (1), les divergences apparentes des arrêts au sujet de la notion de fraude peuvent s'expliquer de la manière suivante : L'intention de nuire est bien l'élément constitutif de la fraude paulienne, mais il n'est pas nécessaire que ce soit le but principal de l'acte attaqué : En outre, comme la preuve de cette intention serait trop difficile à fournir, la simple connaissance par le débiteur de son état d'insolvabilité vaut présomption de fait de l'intention de nuire. Il semble, par conséquent, que si la preuve contraire pouvait être fournie, si le débiteur pouvait démontrer qu'il n'a pas eu du tout, même accessoirement, l'intention de frustrer ses créanciers, en passant un acte donné, ceux-ci ne puissent en obtenir la révocation. Tel serait le cas d'un individu qui aurait fait des aliénations, contracté des dettes en vue de réaliser un bénéfice destiné à ses créanciers et qui pourrait le prouver.

Cette thèse qui, au premier abord peut paraître osée, nous semble cadrer avec la fiction de la représentation des créanciers par le débiteur. En principe, lorsque le débiteur passe un acte, il agit non seulement en son nom, mais aussi en celui de ses créanciers. Il y a évidemment exception à cette règle lorsque l'acte est passé en vue de leur nuire. Dans l'espèce que nous envisageons, cette intention n'existant à aucun degré, la règle générale reprend son empire.

(1) En particulier : PLANIOL et RIPERT, t. VII, n° 930 ; MOREL, Cours de doctorat, année 1936-1937, p. 338 et s. ; JOSSERAND, *de l'esprit des droits*.

Nous pensons donc qu'il y a lieu de s'en tenir au système de la fraude intention, sous réserve d'une présomptions de fait tirée de la simple connaissance des résultats de l'acte passé. On trouve, nous semble-t-il, deux applications de ce système : l'un dans la renonciation des débiteurs aux libéralités, l'autre dans la révocation obtenue par un créancier dont le droit a pris naissance postérieurement à l'acte révoqué.

En principe, l'action paulienne peut être intentée contre tous les actes qui rendent le débiteur insolvable. La renonciation à un legs, ou la non-acceptation d'une donation rentrent donc dans cette catégorie. Toutefois, si le débiteur peut prouver qu'il n'a pas été guidé par l'intention de nuire, mais au contraire, par des motifs de dignité ou d'honneur, éminemment respectables, l'acte est à l'abri de la révocation (1). La présomption de fait tirée de la connaissance de l'insolvabilité est ici renversée par la preuve qu'une intention louable est à la base de l'acte.

Notre hypothèse trouve encore une vérification meilleure dans la contre épreuve suivante : un cas où la présomption de fait ne peut pas jouer et où, par conséquent, les arrêts n'admettent la révocation que si une intention de nuire à l'état pur peut être relevée.

En principe, l'action paulienne ne peut être exercée que par un créancier dont le droit a pris naissance antérieurement à l'acte attaqué. Il faut que ce créancier existe en tant que tel, pour que le débiteur ait pu chercher à lui nuire. Si pourtant un créancier, même postérieur, peut prouver que l'acte dont il demande révocation a été fait dans le but de nuire aux créanciers futurs, l'action pau-

(1) Rouen, 9 juillet 1935. D. H. 1936, p. 29.

lienne peut être admise (1). L'arrêt cité en note est très net. « Attendu y est-il dit, que l'arrêt attaqué s'est attaché à faire ressortir des faits de la cause que l'acte dont il s'agit n'a eu d'autre but que de soustraire le patrimoine de G aux conséquences des poursuites déjà commencées, et de rendre illusoires les condamnations qui pourraient être prononcées contre lui ».

La conclusion, à notre avis, n'est pas douteuse, la fraude paulienne, telle que la conçoit notre droit positif est une intention. Un rapprochement est donc possible avec la fraude dans les contrats internationaux. Dans l'un et l'autre cas, la fraude est une intention moralement répréhensible.

Nous n'avons envisagé, jusqu'ici que les relations entre créancier et débiteur. En réalité, un troisième personnage est intéressé au résultat de l'action : le tiers avec qui le débiteur insolvable a traité. Parfois, il va se trouver privé du bénéfice de l'acte sans qu'aucune intention mauvaise puisse être relevée contre lui : c'est le cas où il a bénéficié, de la part de l'insolvable, d'une libéralité. Si, au contraire, il a traité à titre onéreux avec le débiteur, la révocation obtenue par les créanciers ne pourra lui être opposée que s'il a été complice de la fraude commise contre eux. La question se pose donc de savoir en quoi consiste cette complicité de fraude.

L'opposition est ici, plus grave que dans le cas précédent, car trois systèmes sont en présence. D'après le premier, qui est notamment celui d'Aubry et Rau, le tiers est complice s'il connaissait l'état d'insolvabilité du débiteur, au moment où il traitait avec lui. Pour d'autres (2), le tiers

(1) Req. 13 fév. 1894. S. 1898.1.397.

(2) En ce sens : PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique*, t. VII, n° 933.

doit avoir eu connaissance, non seulement de l'insolvabilité du débiteur, mais aussi du caractère frauduleux de l'acte qu'il passait. Le système d'Aubry et Rau, en effet, semble bien sévère. Comment peut-on taxer quelqu'un de complicité à une fraude dont il ignore l'existence ? Certains auteurs sont moins stricts encore, estiment que le tiers n'est pas complice s'il n'a pas eu personnellement l'intention de causer un préjudice illégitime aux créanciers (1). Ces derniers auteurs s'appuient sur les exigences de la jurisprudence au cas de constitution d'hypothèque au profit d'un tiers, et notamment sur un arrêt récent de la Chambre des requêtes dont les termes sont très nets (2). « Entre non commerçants, l'acte qui a pour objet d'assurer à un créancier la conservation de sa créance ne peut être annulé en vertu de l'art. 1167 Code civ. qu'autant qu'il y a entre les contractants un concert frauduleux dans le but de causer un préjudice illégitime aux autres créanciers ».

Il ne nous semble pas bien certain cependant qu'il faille étendre cette solution à toutes sortes d'actes. Lorsqu'un créancier passe un acte dont l'objet est « la conservation de sa créance », il est à présumer qu'il n'a aucune intention frauduleuse. Pour obtenir révocation, il est nécessaire d'établir la preuve de cette intention. En dehors de ce cas particulier, les mêmes raisons n'existent plus de se montrer si strict au point de vue de la preuve. En fait, il semble bien que l'attitude de la jurisprudence soit la même à l'égard du complice qu'en ce qui concerne le débiteur lui-même. En principe, il faut prouver son intention de participer à la fraude, mais son intention peut s'induire de la

(1) En ce sens : JOSSERAND, *Cours de droit civil*, t. II, n° 692.

(2) Req. 6 janvier 1913. D. 1914.1.40.

simple connaissance par le tiers du caractère frauduleux de l'acte (1).

Cela étant, il faut dire, comme pour le débiteur lui-même qu'il n'y a là qu'une présomption simple : si le tiers, tout en ayant eu connaissance du caractère nuisible aux créanciers de l'acte auquel il est partie, peut néanmoins démontrer qu'il a agi dans un intérêt légitime, la révocation ne pourra être admise (2).

Il nous faut donc toujours aboutir à la même conclusion : l'élément essentiel de la fraude est une intention moralement répréhensible.

Ce caractère, et surtout l'aspect moral de la question ressort encore très nettement de l'attitude de la jurisprudence à l'égard des fraudes commises dans les partages de communauté ou de succession. Les tribunaux exigent de chaque partie une parfaite bonne foi, et, pour sanctionner cette exigence, donnent aux textes concernant le divertissement et le recel une interprétation très large.

Sur les éléments de cette fraude, il n'y a guère de discussion possible : ce sont tous actes commis en vue de rompre l'égalité dans le partage. Si donc, l'acte incriminé s'explique par d'autres raisons, il ne saurait être taxé de fraude. Les arrêts sont nets à ce sujet, et utilisent fréquemment les termes : intention frauduleuse, volontairement omis, sciemment et de mauvaise foi, etc. (3). C'est

(1) Arrêts qui constatent l'existence d'un concert frauduleux : Req. 20 juin 1919. S. 1920.1.373 ; Req. 2 août 1933. S. 1934.1.286 ; Paris, 1^{er} mai 1934. S. 1935.2.4. Arrêts qui se contentent de la simple connaissance par le tiers du caractère frauduleux de l'acte, comme valant présomption simple de l'intention frauduleuse. Cass. 22 juill. 1913. S. 1913.1.507 ; Cass., 3 déc. 1923. S. 1923.1.352.

(2) En ce sens : Cass. 27 nov. 1900. S. 1901.1.100.

(3) Req. 11 mai 1868. D. 69.1.368. S. 68.1.343 ; Civ. 21 mars 1894.

si bien le caractère immoral de l'opération qui se trouve visé, que l'intention suffit à entraîner les rigueurs de la jurisprudence, même si le résultat cherché n'a pas été obtenu (1). En revanche, cette intention mauvaise est elle rachetée par le repentir avant que les poursuites ne soient intentées, la jurisprudence accorde son pardon (2).

β) Fraude à l'égard d'une personne déterminée.

Nous avons passé en revue les principaux cas dans lesquels une fraude est commise à l'égard d'une catégorie de personnes déterminée ou d'une disposition légale qui a pour but de les protéger. Il y a lieu maintenant d'examiner les principales fraudes dirigées contre une personne déterminée.

Un exemple très ancien nous est fourni par le fonctionnement de la communauté. Le mari, tant qu'elle dure, est muni de pouvoirs très étendus. En matière d'actes à titre gratuit, ces pouvoirs trouvent désormais une limite dans l'interprétation donnée par la jurisprudence à l'art. 1422, mais, en ce qui concerne les actes à titre onéreux, le texte formel de l'art. 1421 ne permet, en principe aucune réserve. On exprime couramment le caractère absolu de ce pouvoir par la formule « potest perdere, dissipare, abuti ». Dès l'ancien droit, cependant, les auteurs et les parlements faisaient ici une application de la maxime *fraus omnia corrumpit*, et l'on trouve dans Pothier l'affirmation

D. 94.1.345. S. 96.1.233, note WAHL ; Req. 28 juillet 1920. S. 1921.1.174.

(1) Cass. 15 avril 1890. D. 90.1.437 et 5 février 1895. D. 95.1.200.

(2) Cass. Req. 3 mai 1848. D. 48.1.166 ; Req. 12 avril 1897. D. 97.1.215. S. 97.1.328.

que les dispositions du mari ne sont valables « qu'autant qu'elles ne paraissent pas faites en fraude de la part que la femme et les héritiers de la femme doivent avoir aux biens de la communauté lors de sa dissolution » (1).

La jurisprudence moderne a renoué la tradition, l'on trouve dans ses arrêts la même limitation que dans le traité de Pothier. Voyons, dans ce nouveau domaine, en quoi doit consister la fraude aux yeux des juges modernes.

L'acte juridique qui sert de support à la fraude peut revêtir des aspects divers : aliénations, emprunts, etc... (2), mais l'élément essentiel est ici encore l'orientation de ces actes : l'intention qui guide leur auteur. Ces actes juridiques pris en eux-mêmes, objectivement, rentrent dans les pouvoirs du mari. La femme se trouve-t-elle dépouillée de sa part dans la communauté par les transformations que le mari lui a fait subir et le jeu des conventions matrimoniales, elle ne dispose d'aucun recours. Mais si le mari a agi dans le but de priver sa femme ou ses héritiers des droits qui doivent normalement leur revenir, l'acte est entaché de fraude (3). Cette intention qui vicie l'acte peut résulter de circonstances diverses : qualité de l'acquéreur (par exemple si celui-ci est un proche parent du mari) (4), la mésintelligence existant entre les époux (5). Mais il faut que l'intention soit établie. Cette nouvelle application de la

(1) POTHIER, *Traité de la communauté*, nos 472 et 479.

(2) Cet élément matériel pourrait n'être pas un acte juridique, mais par exemple une destruction, dégradation d'un bien commun, ou même une simple abstention (défaut de réparation). Nous n'envisageons pas ces cas, car nous n'étudions la fraude que dans les actes juridiques, et en tant qu'elle peut rendre immoral le contrat qui la contient.

(3) Civ. 8 juillet 1912. D. 1913.1.409, note GUÉNÉE. S. 1913.1.308.

(4) Bordeaux, 7 fév. 1878. D. 79.2.124.

(5) Civ. 8 juillet 1912, précité.

fraude vient donc rejoindre celles que nous avons précédemment étudiées : l'intention en est l'élément essentiel.

La jurisprudence la plus récente a davantage à connaître des cas de fraude dans les transferts de droit soumis à publicité.

L'un des cas les plus intéressants et les plus discutés est celui qui naît à l'occasion des transferts de propriété d'immeuble. Les aliénations d'immeubles à titre gratuit ou à titre onéreux sont soumises à la transcription en vertu de l'article 939 Code civ. ou de la loi de 1855. L'accomplissement de cette formalité est nécessaire pour rendre l'aliénation opposable aux tiers.

Entre ayants cause du même aliénateur, la préférence est donnée à celui qui le premier a opéré la transcription même si son acte d'aliénation est le second en date. On voit dès lors la possibilité de fraude. Un propriétaire vend son immeuble. Un second acheteur se présente, il connaît l'existence de la vente antérieure, mais obtient néanmoins qu'une seconde vente lui soit consentie. Il fait opérer le premier la transcription. D'après le fonctionnement normal de la loi, le premier acquéreur va se trouver privé du bénéfice de son acte. Ce résultat est évidemment choquant dans le cas que nous envisageons ou le second acquéreur était de mauvaise foi. Est il inéluctable ?

Il y a ici un conflit certain entre le besoin de sécurité dans les transactions et le désir de ne pas favoriser les opérations malsaines : d'une part, il serait regrettable de faire triompher un acquéreur malhonnête, d'autre part, la transcription étant un système de publicité organisé par la loi en vue d'établir la sécurité des transactions, ne vait-elle pas manquer son but, si on en subordonne l'efficacité à la bonne foi des acquéreurs ?

La jurisprudence, cependant, est désormais bien fixée en ce sens que la fraude fait, ici encore, exception à la règle générale : la transcription opérée en fraude des droits d'un premier acquéreur est dénuée de valeur, mais de nombreuses discussions s'élèvent quand il s'agit de préciser en quoi consiste cette fraude.

Un premier système, principalement soutenu aujourd'hui par M. Savatier affirme qu'il suffit, pour rendre la transcription inopérante, qu'elle soit entachée de fraude-connaissance. Le premier argument invoqué à l'appui de cette thèse est l'impossibilité d'établir, dans les cas qui nous occupent, une distinction entre la simple connaissance et le concert frauduleux. « Comment supposer un second acquéreur qui sait une première aliénation faite et non transcrite, allant trouver le vendeur, et obtenant de lui une aliénation nouvelle sans supposer entre eux une entente, au moins à demi mot, pour dépouiller le premier acquéreur de l'immeuble... ? » (1).

En outre, second argument, en supposant qu'il y ait des cas où ce concert frauduleux n'existe pas, le second acquéreur n'est pas moins répréhensible pour cela. C'est bien une fraude, et non l'usage d'un droit que d'acquérir, en pleine connaissance de cause un bien que son auteur a déjà valablement vendu, en comptant sur une transcription hâtive pour spolier le premier acquéreur.

M. Savatier invoque aussi, en faveur de son point de vue l'intention des rédacteurs de la loi de 1855, exprimée par cette phrase des travaux préparatoires : « Il est de principe que s'il avait été fait par le premier propriétaire deux ou plusieurs aliénations du même immeuble ou des mêmes

(1) SAVATIER, note au D. 1926.1.185.

droits réels, celle qui aurait été transcrite la première, excluait toutes les autres à moins que celui qui le premier a rempli cette formalité, eut participé à la fraude » (1).

Jusqu'à une époque récente, enfin, la Cour de cassation ne semblait pas avoir nettement pris parti. Plusieurs arrêts pour donner la préférence à l'acquéreur ayant le premier fait transcrire, prenaient soin de préciser qu'il s'agissait « d'acquéreurs successifs de bonne foi » (2).

Remarquons que le point discuté n'est plus ici le même qu'en matière de fraude paulienne. Il ne s'agit plus de savoir si une simple connaissance de la situation réelle est suffisante, chez le second acquéreur pour constituer la fraude, ou s'il faut une intention de nuire, mais bien de décider si la fraude intention existant chez le seul second acquéreur suffit à rendre la transcription inopérante, ou s'il faut pour atteindre ce résultat, prouver un concert frauduleux entre les deux parties au second acte d'aliénation.

Depuis un arrêt du 7 déc. 1925, la cour de Cassation a définitivement adopté le second système. « Entre deux acquéreurs successifs du même immeuble, la préférence est due à celui qui le premier a fait transcrire son acte d'acquisition... il n'est fait exception à cette règle que s'il est établi que la seconde vente a été le résultat d'un concert frauduleux caractérisé par des manœuvres dolosives ayant pour but de dépouiller le premier acquéreur » (3).

Il est très vraisemblable que la jurisprudence a été guidée vers cette solution par le désir d'établir la sécurité la

(1) D. 55.4.28, col. 3.

(2) Req. 8 déc. 1858. D. 59.1.184 ; Req. 27 nov. 1893. D. 94.1.343 ; Req. 6 avr. 1925. D. 1926.1.185 (1^{re} espèce).

(3) Civ. 7 déc. 1925. D. 1926.1.185, note SAVATIER.

plus grande possible dans les transactions, et de diminuer le nombre des procès. On peut toujours contester la bonne foi d'une partie à un acte. Etablir la collusion frauduleuse est plus difficile, il faut avancer pour cela des faits précis.

La Cour de cassation peut encore invoquer à l'appui de son système la tradition, et même un texte du Code civil. La tradition, car dans notre ancien droit, il était une catégorie d'actes soumis à publicité; depuis l'ordonnance de 1539, les donations devaient être « insinuées ». En dehors de cette formalité, elles étaient inopposables à tous les intéressés. La même question se présenta donc qu'en présence de la transcription moderne. La solution qui prévalut en doctrine et en jurisprudence fut celle-ci : l'insinuation est une formalité essentielle ne pouvant être remplacée par aucun mode équivalent. Il est donc certain que la connaissance, par le second acquéreur, de la donation intervenue, et son intention d'en frustrer le bénéficiaire, n'auraient pas mis obstacle à la validité de l'insinuation opérée.

Il existe enfin au Code civil, un texte qui tranche dans un cas particulier la question qui nous occupe : c'est l'art. 1071 relatif à la substitution. Dans les cas où elle est permise, la substitution doit être transcrite en ce qui concerne les immeubles qui y sont compris. L'utilité de la formalité est la suivante : Les biens grevés de substitution sont inaliénables entre les mains du grevé, c'est-à-dire que les aliénations faites par lui tombent à son décès s'il existe un ou plusieurs appelés pour bénéficier de la substitution. Il faut donc avertir les tiers qui seraient susceptibles de traiter avec le grevé, de l'éventualité d'une résolution de leurs droits. C'est le but de la transcription. Si elle a été omise, la substitution ne peut être opposée aux tiers qui

tiennent leur droit du grevé, et l'art. 1071 précise : « Le défaut de transcription ne pourra être suppléé ni regardé comme couvert par la connaissance que les créanciers ou les tiers acquéreurs pourraient avoir eu de la disposition par d'autres voies que celle de la transcription. »

Ce texte est évidemment un argument très fort contre l'opinion de M. Savatier. Cet éminent auteur pense pourtant qu'il n'y a pas lieu de s'y arrêter. « Les auteurs du code n'ont pris soin d'édicter spécialement cette disposition rigoureuse que parce qu'ils y ont vu une exception aux principes généraux, et cette exception s'explique le plus facilement du monde par l'hostilité bien connue du Code civil contre les substitutions » (1).

Il n'est pas bien certain, pourtant, que telle soit la portée exacte du texte. Il reproduit en effet, une disposition contenue dans l'ordonnance de 1747, art. 33 dont les auteurs n'avaient certes pas les mêmes préjugés que les rédacteurs du Code civ. à l'encontre des substitutions.

Quoi qu'il en soit, d'ailleurs, la jurisprudence est fixée dans le sens que nous avons indiqué. Deux décisions récentes viennent encore de l'affirmer (2). La conclusion

(1) SAVATIER, note au D. 1926.1.185.

(2) Req. 13 déc. 1937. S. 1938.1.103 ; Trib. de Melle, 8 févr. 1938. S. 1938.2.97. Ce dernier jugement est d'ailleurs équivoque, et s'il s'agissait d'une décision émanant d'une juridiction plus haute, on pourrait y voir les prémices d'un revirement. Les attendus du jugement sont quelque peu contradictoires. « En dehors de toute entente frauduleuse entre les consorts G. et les consorts S., ceux-ci n'ont fait qu'user d'un droit qui leur était réservé par la loi en acquérant, nonobstant l'acte du 7 déc. 1935 non transcrit l'immeuble litigieux, et en soumettant à la transcription le 28 mars 1936, c'est-à-dire sans hâte particulière leur acte d'acquisition... » On trouve, au contraire, par ailleurs cette affirmation. « Ce sont d'ailleurs les agissements du deuxième acquéreur, invoquant à l'encontre d'un premier acquéreur la transcription de son acquisition qui doivent surtout être pris en considération pour apprécier s'il y a eu fraude. » Le

qui s'impose est donc qu'en matière de transfert d'immeuble, soumis à la publicité, la jurisprudence n'admet que difficilement la fraude, et s'en fait une notion très étroite.

Les mêmes principes devraient, semble-t-il s'appliquer au cas d'aliénation de navires. Celles-ci sont, en effet, soumises à une formalité particulière : la mutation en douane. On considère en général qu'il y a là une mesure de publicité analogue à celle que constitue la transcription pour les aliénations d'immeubles. En bonne logique, il faudrait donc décider que s'il y a eu deux ventes successives d'un navire, le second acquéreur, ayant opéré le premier la mutation, l'emportera, même s'il a eu connaissance de la première vente et même s'il a agi dans le but principal de frustrer le premier acquéreur. Dans le cas seulement où un concert frauduleux entre le vendeur et lui pourrait être établi, la mutation en douane serait inopposable au premier acquéreur. Lyon-Caen et Renault défendent cette opinion (1). La Cour de cassation n'a pas eu l'occasion de se prononcer, mais la jurisprudence des Cours d'appel est en sens contraire (2). Leurs arrêts décident que la simple connaissance qu'a eu le second acquéreur de la vente antérieure suffit à empêcher qu'il puisse se prévaloir de la mutation opérée par lui.

jugement ne semble donc pas avoir aperçu que le point délicat en matière de fraude est celui-ci : La fraude n'existe-t-elle que s'il y a concert frauduleux entre le vendeur et le second acquéreur, ou suffit-il au contraire de l'intention de nuire chez le second acquéreur ?

(1) LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, 2^e éd., t. V, n° 126.

(2) Caen, 25 août 1868. D. 70.2.79 ; Rennes, 27 nov. 1874 ; Rec. Nantes, 1875.1.139 ; Rennes, 8 déc. 1892, Rec. Nantes, 1893.I.III ; Bordeaux, 28 déc. 1896, Rec. Bordeaux, 1897.1.90 ; Bordeaux, 27 déc. 1920. G. P. 1921.1.485.

La raison pour laquelle la notion de fraude est ici plus extensive qu'en matière d'aliénations immobilières n'est pas facile à préciser. « La protection des droits des tiers, assurée par la publicité des ventes de navires, ne va pas jusqu'à garantir les tiers de mauvaise foi, étant reconnu qu'on ne saurait attribuer à cette publicité les effets que la loi de 1855 a rigoureusement attachés à la formalité de la transcription ». Ainsi s'exprime un arrêt de Bordeaux. La justification est quelque peu hâtive. Il est possible que cette dualité de conception vienne seulement de la nature des juridictions saisies. La nécessité du concert frauduleux pour rendre inopérante la publicité en matière d'aliénations immobilières est un principe qui a été posé par la Cour de Cassation. Peut-être le maintiendrait-elle si la question lui était soumise à propos de la mutation en douane des navires, mais les cours d'appel, plus près des faits et se préoccupant moins de la portée de leurs décisions en dehors de l'espèce, sont plus sensibles à l'immoralité des parties. Elles hésitent à maintenir dans le bénéfice de son acte un second acquéreur qui, sans aucun doute, a malhonnêtement agi.

Les solutions sont encore plus imprécises dans les cas de fraude en matière de cession de créance.

Pour être valable à l'égard des tiers, la cession de créance est soumise à l'une ou l'autre des formalités suivantes : signification du transport au débiteur, ou acceptation, par celui-ci, dans un acte authentique (art 1690 C. civ). La question de la fraude, cependant, ne se pose pas exactement dans les mêmes termes qu'en matière de transcription ou de mutation en douane, et cela pour deux raisons : Il n'y a pas accord sur le point de savoir quelle est la nature des formalités imposées par l'art. 1690. Faut-il y voir un sys-

tème de publicité du transfert ? Alors les mêmes solutions qu'en matière d'aliénations immobilières devront être adoptées. Ces formalités ne sont-elles, au contraire, vis-à-vis du débiteur cédé, qu'un moyen de l'avertir officiellement de la cession, de le constituer officiellement de mauvaise foi au cas où il paierait le cédant, elles peuvent alors être suppléées par la preuve d'une connaissance officielle de la cession.

La seconde cause de complexité dans ce domaine, c'est que les tiers qui peuvent se prévaloir d'un défaut d'accomplissement des formalités sont très nombreux, et comprennent notamment le débiteur cédé lui-même.

L'attitude de la jurisprudence n'est pas la même dans tous les cas, et il y a lieu d'étudier séparément la notion de fraude dans un conflit entre le débiteur cédé, et l'acquéreur de la créance, puis dans le cas de conflit entre le cessionnaire et les autres ayants cause du cédant.

Conflit entre débiteur cédé et acquéreur de la créance.

Le problème est le suivant : le débiteur cédé a eu connaissance de la cession, mais il ne l'a pas acceptée, même verbalement ou tacitement, et aucune des formalités de l'art. 1690 n'a été remplie, y a-t-il fraude de sa part à s'acquitter dans ces conditions vis-à-vis du cédant ? C'est bien ce qui semble ressortir d'un arrêt de Cassation du 17 fév. 1874 (1). « Il est de principe que le cessionnaire d'une créance peut être considéré comme saisi à l'égard du cédé qui a eu connaissance du transfert d'une manière quelconque, et qui a voulu frauduleusement en paralyser

(1) S. 1875.1.399. Dans le même sens : Cass., S. 1849.1.48.

les effets ». Un arrêt plus ancien s'était prononcé en sens contraire (1). « Le cessionnaire n'aurait pu être saisi à l'égard des tiers que par la signification de ce transport, ou par son acceptation ». C'est admettre que le cédé aurait pu payer le cédant sans que le paiement soit considéré comme frauduleux.

Il semble que cette dernière opinion ait plus de chances de l'emporter. Les formalités de l'art. 1690 sont plutôt à considérer comme une formalité de publicité tant vis-à-vis du cédé que vis-à-vis des ayants cause du cédant. Rien ne doit donc pouvoir y suppléer.

Conflit entre deux cessionnaires successifs de la créance. L'hypothèse est absolument identique à celle que nous avons examinée à propos de la transcription : le propriétaire d'une créance la cède à un tiers ; peu après, il la vend de nouveau à un second cessionnaire et celui-ci, par hypothèse, satisfait le premier aux formalités de l'art. 1690. En principe, il l'emporte : ce principe s'applique s'il est de bonne foi. Au contraire, il y est fait exception au cas de fraude, mais où commence la fraude ?

Tout ici semble conduire à l'adoption d'une solution analogue à celle que la jurisprudence consacre en matière d'aliénations immobilières. La cour de Cassation s'était d'abord orientée vers cette assimilation (2). Elle est ensuite revenue sur ses pas, pour s'arrêter à une solution intermédiaire (3). La formule du dernier arrêt est, à première vue, imprécise, et quelque peu choquante. « Attendu.... que K

(1) Cass. 17 mars 1840. S. 1840.1.197.

(2) Cass. 24 déc. 1894. S. 1895.1.69.

(3) Cass. 7 juill. 1897. S. 1898.1.113.

n'a pas seulement connu la cession des fermages.... mais qu'il en a eu connaissance spéciale et personnelle à raison de sa situation.... »

Donc, pour qu'un second cessionnaire soit considéré comme ayant agi frauduleusement, il ne suffit pas qu'il ait connu l'existence d'une cession antérieure, il faut qu'il en ait eu « une connaissance spéciale et personnelle ».

La solution donnée par cet arrêt, et la formule qu'il emploie sont, en général très critiquées par la doctrine. Elles le sont, en particulier par l'annotateur de l'arrêt, M. Wahl. Nous ne croyons pas pourtant que cette décision mérite une telle sévérité. Le point de départ des attaques doctrinales est celui-ci : l'art. 1690 établit pour la cession de créance une publicité ; on lui doit le même respect qu'à celle constituée par la transcription. Nous avons incliné vers cette opinion, au paragraphe précédent. Il faut reconnaître pourtant qu'elle ne s'impose pas. La tradition historique, en particulier n'est pas du tout en ce sens. En réalité, cette assimilation de l'art. 1690 à une publicité est une invention des auteurs modernes. L'arrêt de 1895 prouve simplement que la Cour de cassation ne partageait pas, à cette époque, leur avis.

La formule elle-même de l'arrêt « Connaissance spéciale et personnelle » est plus difficile à défendre. Qu'est-ce au juste qu'une connaissance qui ne serait pas spéciale et personnelle ? Il ne faut pas exagérer pourtant cette imprécision. L'arrêt pose, en effet deux limites très nettes. D'une part le second cessionnaire qui a eu simple connaissance de la première cession, n'agit cependant pas en fraude s'il procède le premier à la signification. D'autre part, il n'est pourtant pas nécessaire, pour faire déclarer celle-ci inopposable au premier cessionnaire, de prouver entre le cédant et le second

acquéreur un concert frauduleux. Entre ces deux bornes, il reste une certaine marge dont les tribunaux pourront user dans le sens de l'indulgence ou de la sévérité, suivant la moralité des parties en cause.

Bornons-nous donc à conclure qu'en matière de cession de créances nous sommes en présence d'une notion de la fraude moins précise, mais plus large qu'en matière immobilière, et susceptible de faire une place plus importante à l'intention des contractants.

Fraude dans les transferts de droit non soumis à publicité. La fraude sera ici plus rare, puisque le transfert de propriété, même à l'égard des tiers, est réalisé par le seul consentement des parties. Elle peut cependant se présenter, notamment dans les aliénations de meubles corporels.

Deux choses sont à considérer dans ces opérations : le consentement des parties et la mise en possession. En cas de ventes successives d'un même meuble, c'est, en principe, celui des deux acquéreurs qui est le premier mis en possession qui l'emporte. Il est fait exception à cette règle au cas où le second acquéreur ne serait pas de bonne foi (art. 2279 et 1141 C. civ.). Cette condition, nécessaire lors de la mise en possession, en quoi consiste-t-elle ? Il est certain qu'en cette matière, puisqu'il ne s'agit plus d'absence de fraude, mais de bonne foi, l'exigence sera plus rigoureuse. Les arrêts admettent que la bonne foi consiste dans la croyance de la part du possesseur que celui qui lui a remis la chose en était bien le légitime propriétaire (1). Cette croyance suffit, même si le titre sur

(1) Civ. 6 juillet 1886. D. 87.1.25. S. 87.1.452 ; Civ. Seine, 12 déc. 1923. D. H. 1924, p. 155.

lequel se fonde la possession est entaché de vices connus du possesseur. A contrario, on voit donc qu'il suffit en matière d'aliénation mobilière, que le second acquéreur connaisse la vente précédemment intervenue, pour que le premier acquéreur l'emporte. Nous avons déjà rencontré cette notion de la fraude à propos des ventes de navires.

2^o ESSAI DE SYNTHÈSE.

Tels sont les principaux cas dans lesquels la jurisprudence fait intervenir la fraude. Il semble qu'on puisse dégager de ces applications les éléments suivants, comme étant constitutifs de la notion.

Un élément matériel est d'abord nécessaire. Il faut un acte juridique servant de support à l'opération frauduleuse, acte en lui-même valable, comme la transcription hâtive, le contrat passé par le prodigue avant le jugement, etc... Il faut surtout un élément intellectuel qui est une intention moralement répréhensible, celle de tourner une disposition légale ou, au contraire, d'abuser d'une faculté légale. Rappelons que dans tous les cas que nous avons rencontrés, ces éléments sont nécessaires et suffisants. Nécessaires, car si la jurisprudence se contente pour reconnaître la fraude paulienne, de la simple connaissance par le débiteur de sa situation obérée, c'est seulement en tant qu'indice qui permet de déceler l'existence de la véritable intention de nuire à ses créanciers. Suffisants enfin, car la complicité du tiers, lorsqu'elle doit être prouvée, n'est-elle même qu'une intention. Nous croyons qu'il faut voir dans l'exigence du concert frauduleux pour rendre inopérante la transcription hâtive, une exception au principe que l'intention simple suffit, exception d'ailleurs contestable, mais

qui s'explique par le désir d'établir une sécurité maxima dans les transferts de propriété immobilière.

C'est l'importance primordiale de cet élément intentionnel qui nous a conduit à ranger le contrat frauduleux dans la catégorie des contrats immoraux. La situation juridique qui se présente ici, est assez voisine de celle des autres conventions contraires aux bonnes mœurs. On peut faire le rapprochement, par exemple avec les contrats relatifs au jeu. Les juges se trouvent en présence d'une opération qu'aucun texte ne prohibe, qui a toutes les apparences d'une opération juridique valable. Ils la condamnent cependant, par suite de l'immoralité qu'ils y trouvent incluse.

Il n'y a toutefois qu'analogie et non identité entre les contrats frauduleux et les autres contrats immoraux. Ceux-ci en effet sont viciés dans un de leurs éléments constitutifs : objet, cause ou condition. Dans l'acte entaché de fraude, tous ces éléments peuvent être irréprochables sans que, pour cela, l'acte lui-même le soit. C'est ici, en effet, l'orientation du contrat, l'utilisation que l'on veut en faire qui est à incriminer. Cette orientation, à notre avis, est distincte de la cause.

Envisageons le cas du prodigue qui se hâte, avant le jugement lui donnant un conseil judiciaire, de se livrer à des achats multiples ou à des emprunts onéreux. L'on ne saurait dire que la cause de son acte, c'est-à-dire le motif impulsif et déterminant, soit d'éluder le jugement, la preuve, c'est qu'il aurait sans doute conclu ces actes même s'il n'y avait pas eu d'instance en dation de conseil. Le motif qui pousse le prodigue à contracter, c'est la satisfaction de ses désirs ou de ses caprices. De même, le motif qui pousse un second acquéreur malhonnête à profiter des

possibilités que donne une transcription hâtive, ce n'est pas le désir de frustrer le tiers, c'est celui de se procurer l'objet de la vente. La cause du contrat est donc valable, ou du moins, peut l'être. L'élément intentionnel qui caractérise la fraude est donc bien quelque chose de particulier, et celle-ci ne se résoud pas en une cause immorale. Elle se distingue aussi croyons-nous de l'abus du droit. Sans doute, il y a là deux notions très voisines : L'abus du droit est l'utilisation d'une faculté légale en dehors de sa destination, dans le but de nuire. La fraude comporte aussi l'usage d'une faculté légale en dehors de son but, mais l'intention qui anime les parties n'est plus une intention de nuire. Le contractant fraudator a directement en vue son intérêt, le dommage qu'il cause à autrui n'est qu'accessoire, il n'est peut-être pas du tout entré dans les mobiles de son acte. Il y a fraude néanmoins, car le contrat en lui-même valable, est orienté vers un but moralement répréhensible : l'intérêt du fraudator aurait dû s'incliner devant celui, plus respectable, auquel il a passé outre.

Jusqu'ici, nous avons raisonné comme s'il n'y avait qu'une notion unique de la fraude. Beaucoup d'auteurs, pourtant, croient devoir faire une distinction nette entre fraude à la loi et fraude à l'égard des tiers. En réalité, la notion est la même dans les deux hypothèses. D'abord, dans la plupart des cas il y a à la fois fraude à la loi et fraude à l'égard des tiers. C'est ainsi que le prodigue qui s'empresse de contracter avant la dation du conseil se trouve agir en fraude du jugement à intervenir, et, en même temps en fraude de sa famille dont il dissipe le patrimoine. De même, l'acte d'appauvrissement passé par le débiteur insolvable que l'on cite en général comme étant fait en fraude des droits de ses créanciers pourrait aussi bien être

considéré comme une fraude au droit de gage général accordé par la loi aux créanciers chirographaires. Sans doute, on rencontre des hypothèses dans lesquelles la différenciation est plus nette. Dans les rapports contractuels internationaux, par exemple, la fraude qui peut intervenir est dirigée contre la loi qu'il s'agit d'éluder, mais ici encore, on retrouve l'élément matériel licite, l'élément intentionnel immoral, la notion est la même, mais la loi joue le rôle du tiers au préjudice de qui l'acte est passé. La question qui se pose est donc plutôt de savoir ce qu'il faut entendre par tiers à un contrat frauduleux.

L'expression est prise ici dans une acception assez particulière, car ce sont généralement des ayants cause contre qui la fraude est dirigée. Ayant cause à titre particulier, comme c'est le cas dans la transcription hâtive ou la revente d'une créance. Ayant cause à titre universel comme dans la fraude paulienne. Le terme de tiers n'est cependant pas déplacé pour les désigner, car ils sont réellement étrangers à l'acte incriminé. La fiction de représentation des ayants cause ne peut plus jouer à l'occasion d'un acte qui trahit leurs intérêts. Sont donc des tiers par rapport à la fraude, tous ceux, étrangers à l'acte qui la contient, à qui elle préjudicie. Il est évident que dans cette acception large peut être comprise la loi.

LE DOL

De la fraude, beaucoup d'auteurs rapprochent le dol. Certains même, pensent pouvoir les confondre. Cela tient croyons-nous à un défaut de précision dans les termes. Le mot dol est souvent employé, en effet, dans deux acceptions distinctes. La première est très large. D'après elle, le dol

consiste dans « toute espèce d'artifice dont quelqu'un se sert pour en tromper un autre » (1). Ainsi comprise, la notion a évidemment de nombreux points communs avec la fraude, tout au moins avec la fraude par actes matériels. Le Code civil lui-même a fait le rapprochement dans l'art. 1353.

Dans le sens où nous l'entendons ici, le dol a un domaine moins vaste : c'est celui qui ressort des art. 1109-1116 et 1117 C. civ. Cette nouvelle acception d'ailleurs n'est pas sans prêter à la critique. Il ressort des art. 1109, à 1121 du C. civ. que les vices du consentement sont au nombre de trois : Erreur, violence et dol. Si l'on veut y réfléchir, on s'aperçoit bien vite qu'il y a là un rapprochement entre notions divergentes. L'erreur sans doute fait partie du consentement, mais la violence et le dol lui sont étrangers. Pour plus de précision, il faudrait dire que ces vices sont au nombre de deux : l'erreur et la crainte. S'il est entaché de l'une ou de l'autre, le consentement est sans valeur, or, pour produire la crainte, il faut user de violence, et pour produire l'erreur avoir recours au dol.

Ainsi compris, le dol se compose de deux éléments : l'un matériel, une manœuvre de nature à provoquer l'erreur, l'autre intentionnel, la volonté de se procurer un bénéfice illicite aux dépens du cocontractant. Ce dernier élément nous paraît indispensable. Ainsi, le propriétaire qui userait de manœuvres pour rentrer en possession d'une chose qui lui aurait été soustraite, ne nous semblerait pas coupable de dol.

Cette notion du dol nous permet de le distinguer très nettement de la fraude contractuelle : celle-ci suppose,

(1) POTHIER.

en effet, un acte juridique objectivement valable. L'élément matériel du dol, au contraire, consiste dans toute manœuvre de tromperie, extérieure à l'acte juridique, puisqu'elle tend à le faire conclure. En outre, tandis que le rôle du dol réside tout entier dans la formation du contrat, celui de la fraude est relatif à son exécution.

Etant donné l'élément intentionnel que nous croyons être constitutif du dol, on pourrait se demander s'il n'y a pas lieu de faire rentrer le contrat dolosif dans la classe des conventions immorales. A notre avis, il n'en est rien. Sans doute, il y a immoralité de la part de celui qui provoque une erreur par dol, mais d'une part le dol n'est pas un acte juridique, puisqu'il consiste en des « manœuvres » ainsi que dit l'art. 1116, d'autre part, on ne saurait dire que l'acte passé sous cette influence soit entaché d'immoralité. Un garagiste persuade faussement son client que sa voiture est hors d'usage, et le détermine à lui en acheter une autre. La vente qui intervient ainsi n'est pas un contrat immoral. C'est bien là d'ailleurs l'opinion du Code, puisqu'il se place pour apprécier le dol non chez le coupable, mais chez la victime : « Le dol est une cause de nullité de la convention lorsqu'il est évident que sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté ». Donc il s'agit de savoir si l'erreur, résultat du dol, a porté sur le motif décisif du consentement de l'autre partie. C'est une simple appréciation de la valeur du consentement.

Ainsi, contrairement à la fraude dont il est bien distinct, le dol tel que nous le comprenons ne saurait rendre immoral l'acte qu'il provoque. Le contrat dolosif, contrairement au contrat frauduleux, n'est pas une convention immorale.

SECTION V. — **La Lésion.**

Si les contrats frauduleux sont à ranger dans la classe des conventions immorales, ne doit-il pas en être de même des contrats lésionnaires. En étudiant la notion jurisprudentielle de bonnes mœurs, nous avons recherché les applications qu'elle comportait de la règle morale d'après laquelle il est interdit de s'enrichir injustement aux dépens d'autrui. La rescision pour lésion n'en est-elle pas une des principales ? Certaines législations, en effet, s'arrêtent à cette solution logique et qui n'est pas sans présenter de grands intérêts pratiques. Tel n'est pas le cas du droit français. Pour lui, la lésion a un caractère propre. Elle se distingue en tous cas très nettement de l'immoralité. Nous étudierons brièvement la première conception afin de bien établir quel est le contraste que présente avec elle la solution française.

L'art. 138 du Code civ. allemand, après avoir posé le principe général « un acte juridique qui porte atteinte aux bonnes mœurs est nul », en fait aussitôt application. « Est nul, en particulier un acte juridique par lequel quelqu'un, en exploitant le besoin, la légèreté d'esprit ou l'inexpérience d'un autre tire profit de la situation, en ce que celui-ci lui promette ou lui assure de toute autre façon, à lui ou à un tiers, pour une prestation par lui faite, des avantages de valeur patrimoniale, qui excèdent la valeur de la prestation fournie, de telle façon qu'en tenant compte des circonstances, les avantages qui en forment l'équivalent soient, par rapport à cette prestation, dans une disproportion choquante ».

Ce texte, peu élégant, mais en somme clair, fait reposer

la lésion sur deux bases : l'une matérielle, un déséquilibre des prestations. Ce déséquilibre n'est pas à apprécier mathématiquement : il faut et il suffit qu'il choque les bonnes mœurs. Il pourrait donc être énorme sans avoir de conséquences, si les « circonstances » visées par le texte faisaient que les bonnes mœurs, telles qu'elles sont comprises en Allemagne, ne le condamnent pas. Inversement, d'ailleurs, un déséquilibre modéré pourrait vicier l'acte, si les bonnes mœurs l'estimaient choquant.

C'est la seconde base qui caractérise la conception germanique de la lésion : la volonté, par l'un des contractants, d'exploiter « le besoin, la légèreté ou l'inexpérience de l'autre ». C'est par là que notre notion se rattache à l'immoralité. Ce que le texte recouvre ici, c'est au fond la valeur des mobiles qui ont poussé la partie bénéficiaire de l'acte à s'engager. L'acte lésionnaire n'est tel que si le contractant a été guidé par des motifs contraires aux bonnes mœurs : la volonté d'exploiter autrui. Le contrat lésionnaire, en droit allemand, est donc bien un contrat immoral.

Ainsi comprise, la lésion entraîne deux conséquences qui la distinguent nettement d'un vice du consentement. D'une part, ce n'est pas la volonté qui la subit que le juge doit examiner, mais la volonté de celui de qui la pression émane, ou qui en profite. En outre, lorsqu'elle est reconnue, la lésion n'entraîne pas seulement une annulabilité, mais la nullité absolue, sanction ordinaire de l'immoralité.

Cette conception présente des avantages pratiques importants. Seule, elle permet de donner à la lésion toute la portée nécessaire, et seulement cette portée. Ce résultat ne peut être atteint par la seule application de la notion objective. D'une part, rien n'est plus difficile que de mesurer la valeur d'échange de deux prestations, à moins

de recourir à une tarification générale de toutes les denrées et de tous les services. D'autre part, la valeur d'échange n'est pas la seule en cause, la valeur d'usage est parfois si importante qu'on ne saurait la négliger. Supposons, par exemple, le cas d'un employeur qui profite de l'abondance sur le marché de la main-d'œuvre pour embaucher des salariés à un prix excessivement bas. L'employé est-il lésé ? Non si l'on s'en tient à la notion objective de la lésion : le patron a offert la valeur d'échange, celle déterminée par le libre jeu de l'offre et de la demande. Le résultat pourtant est choquant : l'une des parties profite de la situation pour exploiter l'autre.

Supposons, au contraire, qu'un employeur, par charité, et pour lui rendre service, embauche un ouvrier dont il n'a pas besoin, qui lui coûte au lieu de lui rapporter. S'il verse un salaire très faible, cet employé est-il lésé ? Oui si l'on s'en rapporte à la seule notion objective de la lésion, la valeur versée par le patron étant inférieure à la valeur d'échange.

En tous cas, les deux situations que nous venons d'examiner, radicalement différentes au point de vue de leur valeur morale et sociale sont identiques, si on les considère du seul côté objectif. D'après l'art. 138 du Code civil allemand, la première doit être sanctionnée tandis que la seconde est irréprochable. Le principe consacré dans ce texte nous paraît donc supérieur à ceux qui s'inspirent d'une simple comparaison des prestations, aussi a-t-il été adopté par plusieurs législations récentes, en particulier le code fédéral suisse de 1911, et aussi, semble-t-il, par le code des Soviets (1).

(1) Codes de Russie soviétique, traduction PATOUILLET et DUFOUR. Notons que le Code brésilien n'a pas suivi ce mouvement.

En France, une proposition de loi dans ce sens a été déposée en 1920 par Guipal et Dupin. Elle tendait à consacrer chez nous un système identique à celui qui résulte du paragr. 138 B. G. B. Cette tentative a échoué, le système français de la lésion est aujourd'hui encore très étroit, bien qu'il s'étende chaque jour davantage, et la notion française du contrat lésionnaire ne peut rentrer dans celle de contrat immoral.

La lésion française se distingue d'abord d'un vice d'immoralité en ce que, en principe, elle n'est pas prise en considération. L'art. 1118 Code civ. déclare que « la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes ». Or nous avons vu que l'immoralité, lorsqu'elle existe, peut vicier n'importe quel contrat.

Même dans les cas où la loi française y attache une sanction, la lésion que l'on pourrait croire l'application directe d'une règle morale est inspirée par des préoccupations tout autres. Il est difficile de dire à priori que le droit français s'inspire en cette matière de tel ou tel principe, car, en réalité, il ne semble pas y avoir de principe du tout, mais de multiples solutions fractionnées, répondant chacune à des préoccupations distinctes.

L'une des applications les plus importantes est faite au contrat passé par les mineurs. Il est de principe, en effet, que le mineur n'est pas restituable en tant que mineur, mais en tant qu'il a été lésé, et dans la mesure où il l'a été. C'est la consécration du système traditionnel qui nous vient du droit romain, système adopté par la Cour de cassation dans un arrêt de principe qui a orienté la jurisprudence (1). Si tel est le principe, reste à définir ce qu'il

(1) Civ. 18 juin 1844. S. 44.1.497.

faut entendre dans ce cas par lésion. La jurisprudence s'est nettement décidée pour une notion objective, on pourrait dire patrimoniale de la lésion.

D'une part, en effet, elle admet que si faible soit-elle, la lésion, du moment qu'elle est prouvée et qu'elle émane de l'acte incriminé lui-même, entraîne la restitution au profit du mineur. D'autre part, elle décide aussi que c'est du côté du patrimoine du mineur qu'il faut se placer pour apprécier la valeur de l'acte. Il peut y avoir lésion, même si le mineur a payé un objet à son juste prix, si ce prix est trop élevé eu égard aux ressources du mineur (1). Dans cette dernière catégorie de cas, il est trop évident qu'il ne saurait être question d'immoralité, puisque le mineur a traité au juste prix.

Conception avant tout objective, encore, que celle adoptée dans les ventes d'immeubles. L'art. 1674 C. civ., énonçant une exception à la règle de l'art. 1118, déclare que « si le vendeur a été lésé de plus des sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente... » Deux thèses pourtant se sont affrontées pour expliquer cette disposition du Code. L'une y voit une application nouvelle de la théorie des vices du consentement, l'autre une solution de circonstances inspirée, en particulier, par la faveur du législateur à l'égard du patrimoine immobilier. Nous allons examiner les diverses solutions jurisprudentielles et essayer de dégager le système avec lequel elles cadrent le mieux.

Les défenseurs du système de la lésion vice du consentement observent d'abord que si les notions d'erreur et

(1) Civ. Grenoble, 13 janv. 1910. Tables perpét. jurisprudence. SCHAFHAUSER v^o minorité ; Trib. Seine, 21 avr. 1913 ; Trib. Toulouse, 2 fév. 1914. Ann. just. paix, 1915, p. 158 et 298.

de dol ne sont pas susceptibles d'expliquer pourquoi le législateur ne tient pas compte de la lésion subie par l'acheteur, en revanche l'idée de contrainte morale rend parfaitement compte de cette limitation. Poussé par le besoin, on peut être forcé de vendre, jamais on n'est obligé d'acheter. Cette contrainte, en outre, est vraisemblable, car comment expliquer en dehors d'elle que le vendeur ait consenti à une opération si désavantageuse pour lui, qu'il ne touche que cinq douzièmes du prix réel ? D'après les tenants du système, le caractère objectif de la lésion ne servirait qu'à établir une présomption de contrainte morale, mais présomption irréfragable.

Cette théorie, dit-on, explique bien que la rescision soit exclue dans le contrat d'échange. Ici, on ne saurait parler de contrainte, puisque l'opération ne procure de disponibilités financières immédiates à aucun des contractants. De même, cadre bien avec la présomption de contrainte, la règle jurisprudentielle d'après laquelle le vendeur ne peut valablement renoncer à l'action en rescision qu'après réception du prix (1). Il n'est plus, en effet, à ce moment, sous le coup de la contrainte puisqu'il dispose des fonds.

Mais à côté de ces solutions qui cadrent certainement avec le concept de lésion, vice du consentement, il y en a d'autres plus nombreuses et non moins importantes qui y sont nettement contradictoires. D'abord, par application de l'art. 1675, la lésion doit toujours être appréciée au moment de la vente. Or, si celle-ci se réalise par levée d'option, il est indéniable que le vendeur a donné son consentement au moment de la promesse de vente. Com-

(1) Req. 4 juillet 1932. S. 1932.1.375.

ment dire que la rescision est fondée sur un vice de ce consentement alors que la lésion est appréciée à un moment où celui-ci n'intervient plus (1). Certains auteurs admettent en outre, que la rescision peut jouer même quand le prix est fixé par l'arbitrage d'un tiers, et l'on doit tirer à contrario du texte de l'art. 1684 qu'elle peut être admise dans les ventes faites aux enchères et même pour celles faites volontairement en justice.

Tout au contraire, ces solutions s'expliquent fort bien si l'on voit dans la lésion un simple vice objectif admis par le Code dans un but de conservation des valeurs immobilières. Ce but justifie l'exclusion de la rescision au cas de vente de meubles. Le caractère objectif de la notion rend compte de la règle d'évaluation au moment de la vente.

Nous sommes donc amené à conclure que cette application de la lésion qui, aux yeux du législateur est à coup sûr la principale, n'emprunte rien aux préoccupations et aux disciplines qui conduisent à la répression des contrats immoraux.

Il nous faut toutefois remarquer que si le principe de l'art. 1118 demeure, il reçoit des exceptions de jour en jour plus nombreuses. A priori, l'on pourrait croire qu'il y a là une influence des législations germaniques, et que le caractère immoral de la lésion se trouve à la base des applications nouvelles qui en ont été faites. Nous allons voir ce qu'il faut en penser en examinant les principales d'entre elles.

La loi du 8 juillet 1901 apporta la première exception moderne, elle le fit en faveur des agriculteurs. « La lésion

(1) Cf. notamment : Cass. 14 nov. 1916. S. 1920.1.365 ; Req. 6 avril 1925. D. H. 1925.285 ; Cass. civ. 19 avril 1926. S. 1926.1.128 ; Cass. civ. 3 août 1935. D. H. 1935.372.

de plus d'un quart dans l'achat des engrais ou amendements qui font l'objet de la loi du 4 février 1888, des semences et plantes destinées à l'agriculture... et des substances destinées l'alimentation des animaux de la ferme donne à l'acheteur une action en réduction de prix et en dommages-intérêts ».

Ce qui frappe tout d'abord à la lecture de ce texte, c'est qu'il accorde le bénéfice de l'action non plus au vendeur, mais à l'acquéreur. Une théorie en a aussitôt conclu qu'il fallait y voir une loi de responsabilité : le vendeur serait présumé coupable de fraude ou de dol. Tel ne semble pas être, cependant le point de vue du législateur. Les travaux préparatoires aussi bien que le texte lui-même prouvent qu'il s'agissait simplement ici de protéger l'acheteur inexpérimenté. Ce n'est donc pas l'attitude du contractant coupable qui est prise en considération, mais celle de la victime. La doctrine et une jurisprudence encore peu nombreuse soulignent ce point de vue en décidant que la loi de 1907 ne s'applique qu'aux seuls agriculteurs et non aux acheteurs d'engrais commerçants (1). Comment mieux indiquer que toute préoccupation morale est étrangère à cette disposition nouvelle ? Les mobiles qui poussent le vendeur à profiter de l'ignorance, en la matière, de son cocontractant, ne sont pas, au point de vue moral, moins répréhensibles s'il a un commerçant pour contre partie. Nous sommes donc, de nouveau en présence d'une notion objective de la lésion, sanctionnée cette fois par faveur pour une catégorie d'individus : les agriculteurs.

Moins facile à dégager est la notion qui résulte de la loi du 29 avril 1916, sur l'assistance et le sauvetage maritime.

(1) Laon, 29 juin 1908. S. 1909.2.92. D. 1908.2.397.

L'art. 7 se réfère à deux cas distincts : il suppose d'abord une convention d'assistance passée « au moment et sous l'influence du danger ». Il précise qu'elle peut être annulée ou modifiée si les conditions contenues ne sont pas équitables. C'est là une application du vice de violence, violence due aux événements et non aux hommes, mais bien distincte de la lésion.

Le deuxième alinéa du texte se place en dehors de cette hypothèse, mais il envisage, lui aussi, deux cas différents : « Dans tous les cas, lorsqu'il est prouvé que le consentement de l'une des parties a été vicié par dol ou réticence, ou, lorsque la rémunération est, de façon excessive, dans un sens ou dans l'autre, hors de proportion avec le service rendu, la convention peut être annulée par le tribunal à la requête de la partie intéressée. »

Il n'est donc plus ici question de violence, mais, dans la première partie du texte, de dol, dans la seconde de lésion, et nous devons nous demander quelle est cette nouvelle notion de lésion consacrée par la loi. Il semble qu'en présence des termes qu'elle emploie, aucun doute ne soit possible. Il faut et il suffit, pour que fonctionne la sanction prévue, que la rémunération soit, de façon excessive « hors de proportion avec le service rendu ». La loi ne pose aucune autre condition, il n'y a donc pas lieu de se demander quels étaient les mobiles ou l'état d'esprit des contractants ; c'est, une fois de plus, la notion objective de la lésion (1) qui se trouve consacrée. Pourquoi cette nouvelle exception

(1) Notons pourtant que cette interprétation du texte n'est pas unanimement admise. Certains auteurs (Louis Lucas, lésion et contrat, p. 50-51, Maury, la lésion dans les contrats, p. 24) pensent que la nullité s'explique ici par une présomption juris et de jure de dol, présomption fondée précisément sur le déséquilibre du contrat.

au principe de l'art. 1118? Sans doute le législateur a-t-il estimé que, même toute circonstance dangereuse mise à part, l'assistance maritime avait une valeur très difficile à apprécier; une disproportion des prestations était donc particulièrement à craindre.

L'exception la plus récente est celle qui ressort de la loi du 29 juin 1935 modifiée par celle du 9 janvier 1936 textes qui se rapportent au règlement du prix de vente des fonds de commerce. Il y est prévu que l'acquéreur d'un fonds, qui aura payé pour l'achat des éléments incorporels un prix supérieur de plus de 33 % à leur valeur au jour de la vente, pourra demander une réduction. Nouvelle prise en considération de la lésion. Est-ce de lésion objective qu'il s'agit encore ? Cela nous semble certain. Devant le silence du texte, on ne saurait admettre en effet, que la preuve de la bonne foi du vendeur empêche le juge d'accorder la réduction. Le dol présumé du vendeur n'est donc pas la base du texte. Il ne peut même s'agir d'une présomption irréfragable, car le taux admis serait trop faible pour la justifier. Encore une fois, il s'agit d'une notion objective, et si la même question revient de savoir pourquoi le législateur s'y arrête en ce cas alors qu'il se refuse d'ordinaire à en tenir compte, il est facile de répondre que le texte se rattache à un ensemble de mesures qui furent prises à cette époque pour tenter de freiner la hausse des prix. La disposition exceptionnelle se justifie ici par l'intérêt des consommateurs, étant à craindre qu'un commerçant lésé dans l'achat de son fonds, ne s'efforce de rentrer dans ses débours excessifs aux dépens de sa clientèle.

Nous pensons avoir justifié par ce rapide examen des contrats lésionnaires l'exclusion que nous en avons fait de la catégorie des contrats immoraux. On peut résumer d'un

mot l'attitude du droit français dans ce domaine en disant que, lorsqu'il frappe la lésion, ce n'est pas le but visé par le contractant le plus fort, qu'il prend en considération, mais le résultat de sa force. Ce résultat lui semble-t-il par trop nuisible à l'intérêt général, il intervient pour le contre-carrer. Nous n'hésitons pas à dire que cette notion étroite du contrat lésionnaire nous paraît regrettable. Peut-être l'aboutissement de l'évolution que nous avons constatée, et qui fait produire à la lésion des effets juridiques de plus en plus nombreux, sera-t-il de lui donner la place et la portée qu'elle comporte, et qu'elle a conquis dans le droit germanique.

TITRE III

LA PREUVE DE L'IMMORALITÉ

Pour terminer l'étude de la notion de contrat immoral, une question importante reste à résoudre. Comment le caractère immoral de l'acte peut-il être prouvé ?

Un premier point peut être précisé : Si l'acte est attaqué pour cause de fraude, « la preuve peut être faite par tous moyens, même par simples présomptions ». Ainsi décide l'art 1353 du C. civ. Il est vraisemblable que dans l'esprit des rédacteurs de ce texte, les mots « fraude et dol » aient eu une portée très large, et qu'ils aient visé aussi la cause illicite en général. La jurisprudence cependant ne les a pas interprétés en ce sens, et elle établit une distinction au sujet de la preuve selon que l'acte soupçonné d'immoralité est à titre onéreux ou à titre gratuit.

L'unanimité existe en doctrine et en jurisprudence, pour décider que l'immoralité des actes onéreux peut être prouvée par tous moyens. Il n'est donc pas nécessaire qu'elle ressorte des énonciations de l'acte lui-même. C'est pourquoi l'on dit que la preuve extrinsèque est admise. De nombreuses applications de ce principe se rencontrent dans les arrêts que nous avons cités relatifs aux maisons de tolérances, au jeu, etc... L'une des plus caractéristiques est celle qui a été faite par la chambre des requêtes en 1903, à la

suite d'un pourvoi contre un arrêt de Lyon. Il s'agissait d'une convention contraire à la liberté des enchères, et la cour d'appel avait admis que l'illicéité résultait « de tous ces faits, et de toutes les présomptions graves, précises et concordantes de la cause ». Un pourvoi fut formé contre cette décision, dans lequel on rencontrait notamment l'argument suivant : « L'arrêt annule ce billet sans qu'il résulte de ses constatations que le défendeur ait apporté la preuve du caractère illicite de l'obligation. » Mais la chambre des requêtes a saisi une fois de plus l'occasion d'affirmer la liberté de la preuve en cette matière, se fondant en particulier, pour rejeter le pourvoi, sur le fait que « les juges ont puisé leur conviction dans un ensemble de faits et de présomptions graves, précises et concordantes (1) ».

En matière de libéralités, la situation est beaucoup moins nette. Pour tâcher de bien saisir la portée de la jurisprudence actuelle, il y a lieu de retracer brièvement l'évolution qui l'a conduite aux solutions présentes.

Une remarque préalable est toutefois nécessaire : la Cour de cassation au point de vue de la preuve ne fait pas de distinction entre l'immoralité et l'illicéité ; et, pour faire une étude complète de la question, nous serons parfois amené à citer des arrêts qui statuent sur des questions de cause contraire à des règles d'ordre public autres que la règle morale. Le système est le même dans les deux cas.

Il semble que la Cour de cassation ait pendant longtemps hésité en matière de libéralités entre l'un et l'autre mode de preuve. Dans la jurisprudence ancienne, on peut citer

(1) Req. 5 août 1903. S. 1904.1.283. Cf. autres applications du même principe : Limoges, 16 avril 1845. S. 1846.2.465 ; Cass. 8 fév. 1892. S. 92.1.197 ; 4 janv. 1897. S. 98.1.309 ; Cass. 21 mars 1898. S. 98.1.513 ; Civ. 8 janv. 1889. D. 89.1.359.

des arrêts dans les deux sens : la Chambre des Requêtes décidait le 8 mars 1864 « qu'un fideicomi prohibé peut se prouver par les présomptions qui, en dehors du testament, résulteraient des faits extérieurs et des circonstances de la cause » (1), et la Chambre civile appliquait plus tard la même règle en matière de donation déguisée (2). La majorité des auteurs pourtant, se prononçaient en faveur du système de la preuve intrinsèque, et ils étaient suivis par de nombreuses décisions de cours d'appel (3), et quelques arrêts de cassation (4). Quelles pouvaient être les raisons qui poussaient ainsi la doctrine et une importante partie de la jurisprudence à se montrer plus sévères pour admettre la preuve de l'illicéité des donations ?

Une première justification fut tirée de la notion même de cause. La cause des actes onéreux variant avec chacun d'eux, il importe, disait-on, de laisser au juge de larges moyens d'investigation afin d'en préciser le caractère. Au contraire, c'est toujours l'intention libérale qui sert de cause aux actes gratuits. Il est à peine besoin de souligner que ce raisonnement est dénué de valeur. D'une part, la jurisprudence ne s'est jamais arrêtée à cette notion étroite de la cause des libéralités, d'autre part, l'eût-elle fait que cela n'expliquerait rien, car, en matière de libéralité, toute preuve même intrinsèque serait inutile, une intention libérale, en elle-même, ne pouvant être illicite.

(1) Req. 8 mars 1864. S. 64.1.129.

(2) Civ. 28 août 1877. S. 78.1.270.

(3) Amiens, 7 août 1865. D. P. 66.1.378 ; Orléans, 27 mai 1875. D. 77.2.127 ; Paris, 15 février 1893. D. 93.2.416 ; Paris, 14 nov. 1894. D. 95.2.115 ; Poitiers, 11 juin 1889. D. 92.2.145 ; Alger, 23 déc. 1895. D. 97.2.453 ; Limoges, D. 1902.2.281.

(4) Req. 26 mars 1860. D. 60.1.255 ; Req. 31 juill. 1860. D. 60.1.458 ; 20 juillet 1875 et 6 déc. 1876. D. 77.1.492 ; 29 juin 1887. D. 88.1.295 ; Civ. 22 janv. 1867. D. 67.1.5.

Plus vraisemblable était l'explication suivante : en matière d'actes onéreux, l'investigation du juge, même extérieure à l'acte ne peut aller très loin. La cause, nous l'avons dit, est en effet, le but commun des parties, le mobile qui, pour l'une et l'autre a été déterminant, c'est-à-dire, en quelque sorte un motif extérieur. Dans la cause des libéralités, une telle barrière n'existe pas. Il est donc à craindre que le juge, sous prétexte de rechercher le mobile principal du donateur, se livre à une véritable inquisition, attentatoire à la liberté individuelle. On faisait valoir, par ailleurs que si dans les mobiles des actes onéreux, il est normal que le juge plonge ses regards, étant donné le caractère quelque peu commercial, spéculatif de ces actes, la même indiscretion n'est plus de mise dans les actes gratuits, s'agissant ici de manifestations d'une volonté plus respectable, émanant de sentiments plus intimes.

Quelle que soit la valeur de ce dernier argument, on ne peut s'empêcher de remarquer à la suite d'Ambroise Colin (1) qu'adopter une telle conception, limiter ainsi la recherche du juge aux énonciations de l'acte, reviendrait à placer les donations sous un régime particulier, très voisin du système de la déclaration de volonté. Rien dans les textes ne nous autorise à introduire une telle innovation.

Il faut bien convenir, si l'on y regarde de près, que l'attitude de la Cour de cassation n'était pas dictée par des raisons de ce genre. Il suffit de se reporter aux arrêts qui ont rendu obligatoire la preuve intrinsèque pour s'apercevoir qu'ils se trouvaient en somme en présence de cas particuliers, dons entre concubins, et dons à des enfants adultérins et incestueux. Point n'est besoin d'avoir recours à

(1) COLIN, note au D. 1907.1.137.

une théorie générale de la preuve ou de la cause pour justifier ces décisions, il suffit de s'en tenir à la situation de fait qui est à la base des donations envisagées.

Dons entre concubins d'abord. Les décisions qui statuent sur ces cas ne sont que l'aboutissement d'une évolution. Dans l'ancien droit, une incapacité de disposer et de recevoir séparait les deux parties à l'union libre. Cette disposition n'a pas été reproduite par le code civil, et il est traditionnel de dire que c'est pour éviter les recherches, les investigations scandaleuses auxquelles les procès de ce genre donnaient lieu. Or, admettre la preuve extrinsèque, c'est de nouveau laisser libre cours à l'inquisition du juge, donc aller à l'encontre de l'esprit de la loi. En fait, la Cour de cassation n'a pas manqué de préciser que c'était là son point de vue. Elle l'a fait, en particulier, dans un arrêt de 1860 (1). « Considérant que l'acte du 15 juin 1854 (une donation faite à une concubine) n'énonce pas qu'il ait eu pour cause des relations illicites entre le sieur G, et la fille V ; qu'on ne pourrait suppléer à son silence à cet égard en se fondant sur les circonstances du litige, sans retomber dans des recherches dangereuses, redoutées à juste titre par le législateur. » Ce fondement donné à l'exigence de la preuve intrinsèque en marque aussi la limite : Dès lors qu'il n'est pas besoin de « recherches dangereuses » mais qu'il s'agit, par exemple, d'aveux ou de lettres versées spontanément au débat, l'exigence fléchit, et tous ces faits extérieurs à l'acte peuvent être retenus comme preuve de l'illicéité : La chambre des requêtes a eu l'occasion d'affirmer son opinion sur ce point (2).

(1) Req. 26 mars 1860. D. 60.1.255.

(2) Req. 23 juin 1887. D. 89.1.35.

C'est encore à des circonstances particulières qu'il faut rattacher la même exigence de preuve dans le domaine des donations à des enfants adultérins ou incestueux. L'art. 908 Code civ. édicte, à leur encontre une incapacité partielle de recevoir. Mais quoi de plus facile que de tourner cette incapacité ? Elle ne peut fonctionner en effet que si la filiation est établie, résultat interdit par la loi : donc, l'héritier qui, par la suite, voudrait faire tomber la donation n'aura aucun moyen d'y parvenir. Dans ces conditions, il faut, pour pouvoir l'annuler, avoir recours à la notion de cause illicite : on frappera les donations lorsqu'il sera prouvé qu'elles ont eu pour cause, non la filiation coupable qui, par hypothèse n'est pas et ne peut être établie, mais l'opinion que le donateur a eu de cette filiation, même si c'est une opinion erronée. La question de preuve se pose alors dans les termes suivants : comment établir la démonstration de cette cause illicite alors qu'elle a rapport « à un ordre de faits que la loi interdit de soumettre, en eux-mêmes à un débat judiciaire » (1). La réponse est évidente, il faut que la preuve émane des énonciations mêmes de l'acte.

Tel était l'état de la question, lorsqu'en 1907 la Chambre civile rendit, dans les conditions suivantes un arrêt de principe (2). Une donation entre époux avait été consentie en vue d'aménager la séparation de fait intervenue entre eux. La Cour d'appel de Rennes, infirmant le jugement de première instance, refusa de reconnaître le caractère illicite de la cause, car elle constatait que la donation était régulière en la forme. « Sans doute, dit l'arrêt, une dona-

(1) A. COLIN, note précitée au D. 1907.1.137.

(2) D. 1907.1.137. S. 1911.1.585, note WAHL.

tion doit être annulée quand elle a été déterminée par une cause illicite, contrairement à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, mais (que) l'existence de cette cause illicite doit résulter des énonciations de l'acte lui-même...»

Un pourvoi fut formé. C'est alors que la Cour de cassation posa le principe : « Pour rechercher si un contrat a une cause illicite, les tribunaux peuvent, en principe, recourir, en dehors des énonciations du contrat lui-même, à tous les modes de preuve autorisés par la loi. »

Dès lors, le doute qui pouvait exister avant cette décision est dissipé : en principe, comme dit la Cour, la preuve extrinsèque est admise, et ce principe s'applique chaque fois que des investigations, au sujet d'une libéralité, ne présentent pas d'inconvénient particulier. Dans l'espèce qui faisait l'objet de la décision, la recherche extérieure portait sur le point de savoir si la donation était ou non en rapport avec la séparation amiable. Elle était donc admissible. En revanche, il est certain que le système de la preuve intrinsèque doit continuer à fonctionner dans le cas où la Cour Suprême l'avait précédemment consacré. Les raisons qui ont conduit à ces décisions demeurent.

L'arrêt de 1907 est venu opportunément faire le point, car, sous l'influence de la doctrine, et de quelques arrêts de Cour d'appel, on en était venu à se demander si la preuve intrinsèque ne devait pas être la règle générale pour l'illicéité des donations. A y regarder de près, il n'est pas douteux pourtant que l'arrêt de 1907 doive être approuvé, et que sa solution soit bien conforme à l'esprit du Code civil.

C'est devenu un lieu commun que d'affirmer son hostilité à l'égard des donations entre vifs. Son préjugé de conservation des biens dans la famille lui faisait craindre

les abus auxquels elles pouvaient donner lieu. Le Code considèrerait en outre que la donation était une opération mauvaise au point de vue économique, donc à restreindre dans la mesure du possible. Dans ces conditions, ne serait-il pas illogique de rendre ces actes quasi-intangibles en les abritant derrière une barrière de preuve difficile à franchir.

On peut ajouter que cette exigence de preuve se fût mal accordée avec la disposition de l'art. 504 Code civ., qui, combinée avec l'art. 901, conduit à décider que les donations ou testaments peuvent être attaqués pour cause de démence après la mort de leur auteur, quand bien même ils ne dénoteraient pas l'aliénation par eux-mêmes, et quoique l'interdiction n'ait pas été antérieurement provoquée. Ce n'est pas le cas pour les actes onéreux. N'est-ce pas là une preuve nouvelle de la défaveur dans laquelle le Code civil tient les actes à titre gratuit ?

La jurisprudence, d'ailleurs, en des matières voisines de celle qui nous occupe s'était déjà associée à cette attitude du code : lorsqu'il s'agissait, en particulier, de prouver que la condition illicite avait été, en réalité, la cause de la donation qui en était assortie, jamais les arrêts ne s'en étaient tenus à la seule preuve intrinsèque (1). L'arrêt de 1907 n'a donc fait que consacrer un principe déjà implicitement admis, et qui, en tous cas, s'imposait. Mais des exceptions subsistent, et elles sont particulièrement intéressantes à notre point de vue, puisqu'il faut y faire rentrer presque toujours les donations immorales.

(1) Req. 3 juin 1863. D. 63.1.429 ; 15 fév. 1870. D. 71.1.173 ; 31 juillet 1872. D. 73.1.104 ; Civ. 7 juillet 1868. D. 68.1.446.

DEUXIÈME PARTIE

EFFETS DU CONTRAT IMMORAL

En présence du texte de l'art. 900 C. civ., il y a lieu d'établir une distinction entre le contrat, immoral par la condition dont il est assorti, et celui qui doit ce caractère à l'un quelconque de ses autres éléments.

TITRE I

EFFET DU CONTRAT, IMMORAL PAR UN DE SES ÉLÉMENTS AUTRE QUE LA CONDITION

L'immoralité d'un contrat revêt, aux yeux du juge, un caractère particulièrement choquant. Ce n'est pas seulement la situation créée qui heurte de front des règles d'organisation sociale, mais aussi l'état d'esprit des parties qui entendent en retirer un bénéfice pécuniaire. Le juge, par sa sanction, va donc viser un double but : mettre à néant l'opération malsaine et contraire à l'harmonie sociale, empêcher les contractants de profiter de la faute commise. C'est pour réaliser ce dessein que, partant du principe de la nullité absolue, il va parfois l'infléchir, et faire place à d'autres règles telles que *nemo auditur* ou l'enrichissement sans cause.

CHAPITRE I

Le principe : nullité absolue.

L'orientation de la jurisprudence moderne en cette matière est très claire : l'immoralité, comme toute autre atteinte à l'ordre public, entraîne la nullité complète de l'opération qui la contient (1).

(1) Cette affirmation peut, à première vue, paraître osée en présence d'un récent arrêt de la Chambre civile (13 nov. 1938. G. P. 26 janv. 1939). « Attendu, y est-il dit, que lorsque la convention intervenue a une cause contraire aux bonnes mœurs, celles-ci (les parties) sont irrecevables à fonder sur elle aucune action, soit pour l'exécution de cette convention, soit pour la restitution des sommes payées ou des avances faites pour son exécution... »

Nous croyons pourtant devoir maintenir notre point de vue. L'arrêt en question a été rendu à l'occasion d'un bail gérance de maison de tolérance, et la Chambre civile, par son affirmation catégorique sur l'impossibilité de répétition des sommes versées n'a fait que suivre une longue tradition. D'autres arrêts déjà, de la Chambre civile ou de la Chambre des requêtes, ont posé dans des occasions analogues et en termes sinon identiques, du moins semblables, la même impossibilité (cf. sous note). Néanmoins, bien des décisions de la même cour s'en sont tenues aux conséquences de la nullité du droit commun, dans de nombreux cas de conventions contraires aux bonnes mœurs que nous énumérons au texte. Il nous semble donc que la portée de la nouvelle décision, statuant au sujet d'une maison de tolérance, doive être réduite à ce cas : cet arrêt n'en est pas moins intéressant, car il était bon de rappeler que la règle *nemo auditur*... si souvent en butte aux critiques de la doctrine n'en conserve pas moins un domaine d'application non négligeable.

Sous-note :

a) Civ. 15 déc. 1873. D. 74.1.222. S. 74.1.241, note DUBOIS.

« Attendu qu'il résulte des faits constatés par l'arrêt dénoncé que les effets de commerce, objet du litige, ont une *cause contraire aux bonnes mœurs*. Que chacune des parties en cause a pris une part égale à la conven-

Etant donnée la force particulière du vice dont nous traitons, certains auteurs (1) se sont demandé s'il n'y aurait pas lieu de faire ici application de la notion d'inexistence, et quelques arrêts (2) semblent s'être engagés dans cette voie. Bien qu'il soit très difficile de tracer d'une manière générale la frontière entre inexistance et nullité absolue (exception faite pour les nullités du mariage) nous pensons qu'il faut simplement appliquer ici la nullité de droit commun.

Pour qu'on puisse parler d'inexistence, il faudrait absence d'accord entre les parties. Si, au contraire, cet

tion immorale en exécution de laquelle les effets ont été souscrits, d'où il résulte qu'elles sont l'une aussi bien que l'autre non recevables à demander en justice ni le *paiement du prix stipulé*, ni sa *restitution s'il a été payé*.

b) Req. 1^{er} avril 1895. S. 1896.1.289, note APPERT.

Il s'agissait d'un emprunt contracté en vue de l'exploitation d'une maison de tolérance.

Pourvoi : 2^e moyen : Violation des art. 1376 et s., 1131 et 1133 C. civ., en ce que l'arrêt attaqué, sous le prétexte que le contrat aurait une *cause immorale* et n'aurait par suite aucune force juridique refuse d'ordonner la restitution des sommes payées en vertu de ce contrat, alors que le contrat étant réputé inexistant, les sommes payées ont été indûment reçues.

Arrêt : La Cour, sur les deux moyens réunis : « ... Attendu qu'aux termes des art. 1131 et s. C. civ., toute convention dont la cause est contraire aux bonnes mœurs ne peut avoir aucun effet. Attendu... que c'est à bon droit dès lors que la Cour de Paris a déclaré mal fondée la demande formée par ces derniers, tant à titre de *remboursement de la somme prêtée* qu'à titre de *répétition de cette même somme*, comme ayant été indûment payée... »

c) Req. 17 juill. 1905. D. 1906.1.72.

« Attendu qu'il résulte des constatations de l'arrêt attaqué que les billets de commerce, objet du litige, ont une cause illicite et *contraire aux bonnes mœurs* (ils étaient souscrits en paiement du prix d'une maison de tolérance) que chacune des parties a pris part à la convention immorale en exécution de laquelle ces billets ont été souscrits et négociés, d'où il suit qu'elles ne sont recevables à demander en justice ni le *paiement du prix stipulé*, ni la *restitution de ce qui a déjà été payé*. »

(1) Cf. notamment : LAURENT, *Principes de Dr. civ.*, t. XVII, n° 39.

(2) Quelques arrêts emploient le mot inexistance, mais n'en tirent aucune conséquence vraiment distincte de celles qui résulteraient d'une nullité absolue. En revanche : cf. Seine, 25 nov. 1936. G. P. 1937.1.268. D. H. 1937, p. 142 qui se base sur l'inexistence du contrat pour en faire rejaillir la nullité à l'encontre d'un tiers de bonne foi. Encore : Conseil d'Etat : Loi, 18 mars 1921.

accord a existé, si les parties ont voulu un effet juridique et que cet effet soit le même pour toutes deux, il y a consentement, et il y a objet, l'acte existe. Il est cependant considéré comme nul si la loi entend mettre obstacle au but visé. C'est le cas en matière d'immoralité ou de toute autre contradiction à l'ordre public.

Il y aurait une autre raison d'écarter ici l'inexistence : nous aurons l'occasion de constater que le contrat immoral n'est pas toujours et absolument dénué d'effets, il peut en produire à l'égard de certains tiers. En grande majorité, du reste, la jurisprudence s'en tient à la nullité absolue (1), et la Cour de cassation ne s'en est jamais écartée (2).

Donc, la règle, en matière de conventions immorales est l'application intégrale de la nullité absolue *ab initio*. Nous rencontrerons plus loin des cas dans lesquels il y est fait exception, mais elle n'en demeure pas moins, et trouve en particulier à s'appliquer aujourd'hui aux contrats conclus pour obtenir l'arrêt des poursuites pénales, aux engagements tendant à obtenir un courtage matrimonial, aux sociétés immorales, etc...

Le principe a encore trouvé application dans une espèce originale : une convention par laquelle une personne s'engageait à verser à son frère une certaine somme moyennant la promesse, par celui-ci, de s'employer à obtenir de leur mère qu'elle fasse, de son vivant, un partage égal des biens entre eux (3).

(1) Paris, 12 juin 1912. G. P. 1912.2.33 ; Poitiers, 28 déc. 1896. G. P. 97.1.114 ; Aix, 28 fév. 1923. G. P. 1923.1.759.

(2) Civ. 25 janv. 1921. S. 1922.1.164 ; Cass. Req. 8 juill. 1925. S. 1927.1.494 ; Req. 29 juin 1926. G. P. 1926.2.517 ; Req. 28 oct. 1931. G. P. 1931.1.933 ; Cass. civ. 11 avril 1932. D. 1932.1.169 ; Cass. Req. 24 juin 1936. S. 1936.1.348.

(3) Voyez les références concernant toutes ces catégories de conventions

Le large domaine donné par la jurisprudence à cette règle de la nullité absolue se justifie à la fois par des arguments de texte et par l'intérêt social.

Deux catégories d'articles peuvent être ici invoquées. L'art. 6 d'abord qui interdit de « déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Mais ce texte est de portée limitée : il ne protège les bonnes mœurs, ainsi d'ailleurs que l'ordre public — que dans la mesure où l'un et l'autre sont incorporés dans une loi positive. En fait, l'on ne trouve guère d'arrêt se référant à lui seul. Quelques-uns l'invoquent en même temps que l'autre groupe de textes, les art. 1131 et 1133 (notamment les arrêts annulant le pacte de quota litis) mais la plupart se basent seulement sur ces deux derniers articles.

L'art. 1131 déclare que l'obligation sur cause illicite « ne peut avoir aucun effet ». Il ne distingue pas entre la cause immorale et celle qui contrevient aux autres règles d'ordre public. Le régime pour l'une et pour l'autre doit donc être, en principe, le même. On peut remarquer en outre que les art. 1235 et 1376 permettent de répéter tout ce qui a été payé sans dette. Or, il ne saurait en naître aucune d'une convention privée par la loi de tout effet. Ces textes fournissent une base très solide à la solution jurisprudentielle.

Il paraît certain, en outre, que celle-ci est imposée par le but social de la loi. Depuis la publication des ouvrages du doyen Josserand, c'est devenu un lieu commun que de constater la nature téléologique du droit. Il y a lieu de

dans notre 1^{re} partie, titre I, chap. II, section II, notion civile des bonnes mœurs.

souligner encore ce caractère dans le présent domaine. La loi estime contraire au bon ordre, à la bonne harmonie qu'elle a pour mission d'établir dans la société, les fins que les parties au contrat immoral se sont proposé d'atteindre. Une fois le contrat conclu, une fois son exécution commencée, y a-t-il un meilleur moyen de rétablir le bon ordre social que de lui sacrifier tout ce qui a été presté. Sans doute, il n'est pas au pouvoir du juge d'effacer les faits qui ont existé, mais il peut enlever à ces faits toute coloration juridique et permettre un retour sur ce qui a été accompli. En somme, la nullité absolue, remettant, dans la mesure du possible toutes choses en l'état antérieur à l'acte immoral constitue, en général, la solution la meilleure au point de vue de l'intérêt social, et c'est là, pour le principe posé une justification suffisante.

Ce but d'intérêt social qui a guidé la jurisprudence dans l'adoption de la règle lui dicte aussi les conséquences à en tirer. Il y a lieu à ce sujet d'établir une distinction entre les contrats à exécution instantanée et ceux dont l'exécution est successive.

SECTION I. — Contrats à exécution instantanée.

Les effets de la nullité varient suivant qu'on les considère dans les rapports des parties entre elles ou à l'égard des tiers.

A. — EFFETS DE LA NULLITÉ DANS LES RAPPORTS DES PARTIES.

Entre les parties à l'acte immoral, la nullité produit tous ses effets normaux : tout intéressé peut opposer la nullité d'une semblable convention. Aucune confirmation ou ratification, expresse ou tacite, n'est possible, enfin le paiement

effectué en exécution du contrat nul sera sujet à répétition en vertu des art. 1235 et 1376 du Code civil. Ces solutions peuvent se résumer par cette phase extraite d'un arrêt de la Chambre civile « Un acte déclaré nul comme contraire à l'ordre public ne peut par lui-même, et en vertu du caractère sous le rapport duquel il a été annulé, produire aucun effet juridique soit pour l'avenir soit pour le passé » (1). Toutefois, puisqu'il s'agit de nullité et non d'inexistence, l'action sera prescrite par trente ans.

B. — EFFETS DE LA NULLITÉ A L'ÉGARD DES TIERS.

A l'égard des tiers on ne peut établir de règles aussi précises, car il est évident que les conséquences diffèrent suivant qu'ils sont ou non de mauvaise foi. Nous nous proposons d'étudier la question dans les deux principaux cas où elle se présente : le cautionnement, l'effet de commerce.

1^o *Cautionnement.*

Précisons d'abord la situation envisagée : Il ne s'agit pas d'un cautionnement donné pour une dette immorale. Le cautionnement, contrat accessoire, est évidemment nul s'il est donné comme sûreté pour une dette nulle, mais nous envisageons un autre cas. L'hypothèse la plus courante est celle-ci : une concubine contracte une dette quelconque envers un fournisseur, dette qui n'a rien d'immoral ou dont le fournisseur ignore le caractère. Son amant la cautionne pour obtenir la continuation ou la reprise des relations immorales. Quelle est la valeur de cet engage-

(1) Cass. civ. 4 déc. 1929. S. 1931.1.50, note ESMEIN.

ment dans les rapports de la caution avec le fournisseur ? La jurisprudence est hésitante. Il n'y a que peu d'arrêts sur la question et ils se contredisent. La Cour de cassation n'a pas été appelée à prendre parti.

Prenons, pour exemple deux décisions opposées l'une de Paris, l'autre de Nancy (1). La Cour de Paris semble d'avis de valider en toutes circonstances le cautionnement, se fondant sur ce motif qu'il « n'exige de la part de la caution d'autre cause d'obligation que la libre détermination d'exercer un acte de bienfaisance, d'où il suit qu'un cautionnement ne peut être attaqué comme fondé sur une cause illicite sous prétexte qu'un motif contraire aux bonnes mœurs aurait déterminé la caution à le donner ».

Cette solution ne nous paraît pas devoir être retenue. D'une part, il est désormais constant que les motifs déterminants des libéralités en constituent la cause. Donc, si ces motifs sont immoraux, il y a lieu d'appliquer les art. 1131 et 1133. D'autre part, si l'engagement de la caution est bien un acte gratuit dans les rapports entre caution et débiteur principal, en est-il toujours de même dans les rapports entre caution et créancier ? D'une façon générale, la personne qui s'engage n'a pas pour but de faire un acte de bienfaisance à l'égard du créancier, mais au contraire, elle ne donne la garantie que moyennant un avantage : dans l'espèce soumise à la Cour de Paris, elle agissait pour empêcher le créancier d'exercer des poursuites. Parfois, c'est simplement parce que le débiteur ou fournisseur n'aurait pas contracté s'il n'avait obtenu une autre sûreté que celle qu'il tient de la loi à l'encontre de

(1) Ces deux arrêts : Paris, 10 janv. 1905 et Nancy, 12 nov. 1904 sont au D. 1905.2.158.

son débiteur. Dans ces conditions, il nous semble que la solution donnée par la Cour de Nancy doive être préférée. « Contrairement à ce qu'a décidé le tribunal, les documents de la cause démontrent péremptoirement qu'aucun contrat de bienfaisance n'est intervenu entre X (la caution), et les époux R (créanciers) ; qu'ils établissent de la manière la plus évidente que l'engagement pris par lui vis-à-vis des appelants à un caractère absolument illicite, puisqu'il repose, à n'en pas douter, sur une cause contraire aux bonnes mœurs, qu'il est certain, en effet, que X a cautionné auprès des créanciers la dette d'une femme galante, uniquement dans le but d'obtenir la continuation de ses faveurs, et de poursuivre les relations adultères qu'il entretenait avec elle. Attendu qu'il est constant d'autre part que les époux R étaient complètement au courant de cette situation puisqu'en raison de leur profession et de la nature de la presque totalité de leur clientèle, ils avaient l'habitude de semblables opérations ; qu'ils n'ignoraient donc pas que le nantissement qui leur était donné était le prix de l'immoralité et de l'adultère ; que dans ces conditions, l'application des art. 1131 et 1133 s'impose... »

Il résulte en somme de cet arrêt que : 1^o dans les rapports entre caution et créancier, l'engagement n'a pas été, en l'espèce à titre gratuit ; 2^o sa cause était immorale, puisque le but commun des parties était de favoriser les relations illicites. Cette solution nous semble irréprochable, mais elle ne peut pas être appliquée dans tous les cas, car deux hypothèses peuvent se présenter : ou bien la caution s'est engagée dans un but libéral envers le débiteur principal seul, et alors le cautionnement étant à titre onéreux dans les rapports entre caution et créancier, il y a lieu à l'application normale de la théorie de la cause : le com-

mencement, le maintien ou la reprise des relations illicites était-il le but commun des parties, le créancier ne peut invoquer l'engagement. Ajoutons que, de la simple connaissance par le créancier du but dans lequel est pris l'engagement de la caution, on déduira une présomption irréfragable de communauté d'intention.

S'il s'agit, au contraire, d'un engagement donné dans une intention libérale à l'égard du créancier, seul le motif déterminant à la base de cette intention libérale devra être pris en considération. Il sera donc très rare, dans ce cas, que le cautionnement puisse être annulé pour immoralité.

L'application de cette double solution conduirait à décider qu'en matière d'actes onéreux, le tiers ne peut subir le contre coup de l'annulation pour immoralité que s'il a, en quelque façon, participé à celle-ci ; en somme, s'il a perdu sa qualité de tiers pour devenir complice. En matière d'actes gratuits, au contraire, le bénéfice du contrat peut être retiré même à celui qui a ignoré l'intention immorale de la caution. Un rapprochement peut donc être fait entre cette situation et celle qui se présente en matière de complicité de fraude dans l'action paulienne. Nous allons voir que cette hypothèse est corroborée par les solutions jurisprudentielles relatives aux effets de complaisance.

2º Effets de complaisance.

L'effet de pure complaisance a pour but de permettre à un commerçant obéré de franchir un mauvais pas. Ce résultat est-il atteint ? Le commerçant tireur peut-il se renflouer ? il enverra à son complice les fonds avant l'échéance, et tout rentrera dans l'ordre. Malheureusement,

il en est rarement ainsi. En général, d'effets fictifs en effets fictifs, le passif augmente et se prolonge jusqu'au jour où un banquier refusant l'escompte, un complaisant à bout de complaisance fait crouler tout l'édifice. La question des recours se pose alors, compliquée, en général d'une faillite.

Lorsque survient la dernière échéance, celle au delà de laquelle l'effet fictif n'a pu être renouvelé, le porteur va les présenter au tiré, et lui en réclamer le paiement. La valeur de ce recours variera suivant qu'il est exercé par un tiers de bonne ou de mauvaise foi.

Une définition s'impose d'abord : En quoi consiste la bonne foi ? Deux conditions sont requises pour la constituer. Il faut d'abord que le porteur ait fourni en contre partie des effets, une prestation quelconque. C'est le cas du banquier qui les prend à l'escompte, du fournisseur qui obtient ainsi paiement de ses marchandises ou même du créancier qui les reçoit à titre de garantie. La seconde condition est moins facile à définir. Deux théories, en effet, ont cours à ce sujet. Certains auteurs prétendent que le tiers doit être considéré comme de bonne foi s'il n'a pas participé à la fraude des émetteurs de la traite, donc, s'il ne s'est pas entendu avec eux pour tromper les tiers (1). Les arguments présentés à l'appui de cette thèse sont divers : argument juridique, une situation de droit n'est pas modifiée, par le seul fait qu'on sait ou ne sait pas quelque chose, une activité est donc nécessaire. Argument pratique : la circulation des effets serait entravée, toute

(1) DEMONT, *Des effets de complaisance*. Thèse Lille, 1901, p. 162 ; ROCHE, *Des effets de complaisance*. Thèse Bordeaux, 1911 ; LYON-CAEN et REAULT, t. IV, n° 130 ; LACOUR et BOUTERON, t. II, n° 1299.

personne à qui une lettre de change est présentée à l'es-compte ou au paiement risquant de se voir déferer le serment sur la question de savoir si elle a ou non connu le vice originaire de l'effet.

La majorité des auteurs, pourtant, pense, au contraire, qu'il suffit au tiers porteur de la traite d'en avoir connu le vice originaire pour être de mauvaise foi (1), et la jurisprudence partage cette opinion (2). Cette dernière solution, semble-t-il, est la seule qui soit en harmonie avec le fondement du principe d'inopposabilité des exceptions. Il faut que le porteur, dans l'impossibilité de se livrer au moment de la transmission du titre à des recherches sur ses vices cachés, soit à l'abri de leurs effets. S'il connaît ces vices, on ne peut plus parler de confiance faite à la forme du titre, il n'y a donc plus aucune raison de protéger le porteur. Concluons que le tiers ne bénéficiera des avantages de la bonne foi que s'il ignorait, au moment de l'endossement du titre, le vice dont il était entaché. Par application, en effet, de l'adage « Mala fides superveniens non nocet », la Cour de cassation se refuse à prendre en considération la connaissance de l'immoralité survenue par la suite (3). Ajoutons enfin que la situation favorable au tiers est toujours censée exister puisque la bonne foi se présume.

Lorsqu'il en est ainsi, le tiers porteur peut poursuivre tous les obligés, tiré, tireur ou endosseurs, et exiger de l'un d'eux le paiement intégral. « Le tiers qui a reçu un

(1) Notamment : THALLER et PERCEROU, *Traité élém. de droit commercial*, n° 1438 ; HÉMARD, op. cit. ; LESCOT, *Des effets de commerce*, t. I, n° 277.

(2) Cass. Req. 18 oct. 1886. S. 86.1.470 ; Civ. 19 mars 1902. S. 1902.1.209. D. 1903.1.448.

(3) Req. 11 mars 1935. D. 1936.1.80. S. 1935.1.175.

effet de complaisance dans l'ignorance de son véritable caractère, en fournissant une contre-valeur effective, a fait foi à un titre régulier en la forme dont il n'était pas tenu de rechercher si la cause existait... il a le droit d'en considérer tous les signataires comme valablement obligés envers lui... (1) »

Si le tiré ou le tireur, ou tous deux se trouvaient en faillite, le tiers de bonne foi pourrait à son choix ou s'adresser à un des endosseurs, ou au contraire, produire dans l'une ou l'autre des faillites. Voire même d'abord dans l'une, et, à concurrence du reste s'il n'a pu être entièrement désintéressé, dans la seconde. En un mot, le tiers de bonne foi ne doit souffrir à aucun degré de l'immoralité qui vicie l'acte, tout se passe pour lui, comme si l'effet était valable (2). Certains auteurs ajoutent même que toute partie à la convention illicite sera mal fondée à invoquer la déchéance dont l'art. 1684 du Code de commerce frappe le porteur négligent (3).

Ces droits, largement reconnus au tiers n'ont pas manqué d'intriguer la doctrine, et plusieurs théories ont été proposées pour en fournir l'explication. L'effet de complaisance a-t-on dit parfois est absolument nul, et ne peut produire aucun effet, étant vicié dans son essence par le but immoral que les parties ont visé. Ce n'est donc pas l'effet lui-même qui est valable à l'égard du tiers porteur, mais, les parties qui ont procédé à cette émission ont commis un acte illicite. Elles doivent réparer la faute commise,

(1) Req. 11 mars 1935, précité. Adde : Req. 10 mars 1915. S. 1916.1.5.

(2) Req. 30 mars 1883. D. 84.1.292 ; Civ. 29 mars 1887. D. 87.1.451 ; Civ. 18 juin 1927. D. H. 1927.465 ; Cass. 1^{er} juill. 1931. D. P. 1932.1.12, note LAURENT ; Cass. 13 avril 1932. D. H. 1932.281.

(3) Sic. HÉMARD, *Des effets de complaisance*. Thèse Paris, 1900, p. 103.

et la seule réparation adéquate consiste à mettre le tiers de bonne foi exactement dans la même situation que si l'effet avait été valable. Ce n'est donc pas l'action de change que peut exercer le tiers porteur, mais celle qu'il retire de l'art. 1382 (1).

Cette théorie cadre mal avec les solutions admises par la pratique. D'abord elle n'explique pas la compétence commerciale pour les actions de ce genre. Surtout, elle conduirait à refuser au tiers de bonne foi les causes de préférence attachées à l'effet. On a fait remarquer enfin que si le porteur agit contre un endosseur, lui-même de bonne foi, on ne voit plus sur quoi pourrait se fonder l'action en dommages-intérêts (2).

Il est plus simple et plus conforme à l'esprit du droit commercial de voir simplement dans ce droit du tiers porteur une application nouvelle de l'inopposabilité des exceptions. La plupart des décisions que nous avons citées en la matière s'y réfèrent sans autre justification. C'est une manifestation de plus de la nature téléologique du droit : il est d'intérêt social que les effets de commerce puissent circuler rapidement, que les porteurs n'aient pas à se préoccuper d'autre chose que de la forme extérieure du titre. Ces effets seront donc valables sans que les tiers aient à rechercher si la cause existait (3).

L'hypothèse inverse doit être maintenant envisagée : l'effet fictif est présenté à l'échéance par un porteur de mauvaise foi, quel est l'effet du recours exercé? Remarquons d'abord qu'il n'est pas besoin de définir cette situa-

(1) Cf. notam. : DRAMARD, *Effets de complaisance*, n° 76 a 78 et note D. 92.1.336.

(2) HÉMARD, op. cit., p. 102.

(3) Cf. la plupart des arrêts précités, notam. : Req. 11 mars 1935.

tion nouvelle, il suffit de se reporter aux précisions que nous avons données à propos du tiers de bonne foi. Par le seul fait qu'il ne remplit pas l'une des deux conditions énumérées : valeur fournie, ignorance du vice à l'époque de l'endossement, le porteur sera réputé de mauvaise foi. Il incombe en tous cas au signataire qui voudrait se prévaloir de ce fait d'en établir la preuve, mais il peut recourir pour cela à tous les moyens légaux, même à la simple présomption.

Sa mauvaise foi établie, quelle sera la situation du tiers porteur ? A ce sujet, l'accord existe en doctrine comme en jurisprudence : la mauvaise foi empêche le tiers de se prévaloir de son titre. L'acte étant nul *ab initio* ne produira aucun effet, donc le porteur de mauvaise foi n'a pas d'action pour se faire payer le montant de la traite de complaisance. Il ne pourrait produire à la faillite d'aucun signataire. A son égard, la nullité absolue de la convention produit tous ses effets.

On aurait pu songer pourtant à faire intervenir ici la théorie du porteur pour la valeur : si le tiers de mauvaise foi a acquis l'effet moyennant une contre-prestation, une valeur, ne doit-il pas être admis à invoquer le titre à raison de son caractère abstrait. Ce point de vue n'a jamais prévalu dans la jurisprudence. C'est l'application de la nullité absolue qui est ici la règle (1).

Telles sont les principales occasions dans lesquelles la situation des tiers à un contrat immoral d'exécution instantanée doit être envisagée. Il n'est pas impossible, pourtant, que la question vienne à être soulevée à propos

(1) Cf. Civ. 25 juin 1890. S. 91.1.437 ; Req. 8 juin 1891. S. 92.1.439 ; Req. 27 juill. 1897. S. 1901.1.522 ; Civ. 16 juill. 1928. S. 1929.1.57.

d'autres conventions. Nous croyons qu'elle devrait être résolue de la même manière : les tiers de bonne foi ne devant pas souffrir de l'immoralité des parties, la nullité de l'opération ne pourrait leur être opposée. Les tiers au courant du caractère de l'acte, ayant en quelque sorte accepté le risque, n'auraient pas à se plaindre de sa réalisation.

Ces solutions, nous semble-t-il, seraient les seules conformes à l'intérêt social : s'il importe que les parties à un contrat immoral se voient dans l'impossibilité d'atteindre le résultat qu'elles ont visé, il n'est pas moins utile que les tiers qui ont un intérêt au maintien de la convention n'aient pas à souffrir de la faute commise par les contractants. Nous avons déjà constaté pourtant qu'un arrêt du tribunal de la Seine (1) a pris parti pour une autre solution : annulant la saisie-arrêt pratiquée par un tiers de bonne foi sur le prix de cession d'une maison de tolérance. Cette décision unique ne peut toutefois être considérée comme ayant orienté la jurisprudence, alors que les solutions fournies en matière d'effets de complaisance et de cautionnement, beaucoup plus nombreuses et plus importantes, sont en sens contraire.

SECTION II. — Contrats à exécution successive.

Lorsqu'un certain temps s'est écoulé depuis la conclusion du contrat, l'application de la nullité présente, dans cette catégorie, des difficultés plus grandes que dans la précédente : une situation de fait a existé, des prestations

(1) Seine, 25 nov. 1936. G. P. 1937.1.268. La Cour d'appel de Paris a confirmé le jugement : Paris, 3 nov. 1938. D. H. 1939, p. 58, mais en faisant appel à de nouvelles considérations.

ont été échangées, où l'une des parties a exécuté et l'autre n'a pas encore fourni sa contre prestation, ou enfin, des opérations juridiques successives se sont greffées sur le contrat principal. Quel va être le sort de toutes ces opérations ? Question importante, car la plupart des contrats usuels sont à exécution successive. Nous étudierons les solutions fournies à propos du bail et de la société, conventions assez fréquemment conclues dans un but immoral.

A. — EFFETS ENTRE LES PARTIES DE LA NULLITÉ
D'UN CONTRAT A EXÉCUTION SUCCESSIVE.

1^o *Contrat de bail.*

Lorsqu'un bail immoral a été conclu, qu'en fait, cependant le locataire a joui de l'immeuble pendant un certain temps, deux questions se posent. Le bailleur peut-il faire expulser le preneur qui occupe les lieux en vertu d'une convention immorale ? Peut-il obtenir une rémunération quelconque ?

EXPULSION DU PRENEUR. — Les prétentions d'expulsion, formulées par le bailleur donnent lieu à deux sortes de solutions dans la jurisprudence, les unes favorables, les autres contraires, et la Cour de cassation n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer.

Toute une série d'arrêts de Cour d'appel adopte le premier système, mais il y a là une exception au jeu normal de la nullité absolue, exception qui se fonde sur la maxime « nemo auditur » nous en traiterons en étudiant cette règle.

Moins nombreuses, mais plus conformes aux principes que nous avons posés sont les décisions qui font droit aux

prétentions du preneur. Voyons quel est leur fondement juridique et quelles conséquences elles tirent de cette solution.

La question se pose en général dans les termes suivants : un bailleur a loué sa maison à un tenancier de maison close, en connaissance de l'usage auquel son immeuble est destiné. Le preneur occupe les lieux, puis, des discussions s'élèvent entre les parties, le bailleur voulant, par exemple, obtenir une augmentation de loyers. Si aucun arrangement n'intervient, le propriétaire fait valoir en justice la nullité du bail, et demande l'expulsion du locataire. La cause du contrat étant immorale, d'après le principe que nous avons posé la nullité absolue doit être prononcée.

Le bail déclaré nul, le locataire devient un simple occupant, le propriétaire doit donc pouvoir le faire expulser sur production de son titre de propriété (1). Nous pensons même qu'il n'y a pas lieu d'exiger de lui cette formalité. Le preneur, en effet, en traitant avec celui qui se prétend aujourd'hui propriétaire, a implicitement reconnu l'exactitude de cette prétention. Sans doute, le bail en tant que tel est nul, mais cela signifie qu'aucune de ses clauses ne peut produire effet, qu'aucune obligation ne peut en découler au profit ou à la charge des parties, il n'en reste pas moins que le fait de la signature a existé. De ce fait, il est permis de déduire des conséquences juridiques. Dans les rapports entre locataire et propriétaire, la signature équivaut à une reconnaissance implicite de droit, le locataire ne peut donc invoquer l'art. 2230 du Code civ., la signature constituant à notre avis, la preuve contraire à laquelle ce texte laisse place.

(1) Nancy, 8 juin 1934. D. 35.2.33 ; Paris, 26 déc. 1899. G. P. 1900.1. 132 ; Caen, 29 juill. 1874. D. 75.2.127-128.

DROIT DU BAILLEUR A INDEMNITÉ. — L'application de la nullité, qui est de principe en matière de conventions immorales, conduit donc normalement à l'expulsion du locataire. Toute difficulté n'est cependant pas encore résolue : La nullité opère rétroactivement, le contrat est anéanti *ab initio*. En fait, pourtant, le preneur a occupé les lieux. S'il n'a pas déjà payé les loyers afférents à la période de jouissance va-t-il s'en tirer à si bon compte ? S'il a payé, pourra-t-il se faire rembourser ? La jurisprudence désormais ne l'admet plus, les arrêts imposent au preneur le paiement d'une certaine somme pour la période d'occupation. Quel en sera le montant ? Par quelles règles sera-t-elle régie ? La solution de ces questions dépend du fondement juridique de ce paiement (1).

On pourrait songer d'abord à voir dans ce versement un loyer : les parties s'étaient mises d'accord pour évaluer le prix de la jouissance de l'immeuble. Sans doute, le bail est annulé, mais tant que dure l'occupation, n'y a-t-il pas lieu de s'en tenir à la valeur que les parties lui avaient attribuée. Cette solution n'a jamais été admise par les arrêts. Elle n'est guère juridique. Le vice qui entache la convention conduit à la déclarer nulle *ab initio*. Il n'en peut donc naître aucune obligation, l'accord intervenu entre les parties doit être considéré comme nul et non avenu dans toutes ses conséquences.

S'il en est ainsi, la somme allouée ne semble pouvoir être considérée que comme la compensation d'un enrichissement sans cause, ou une indemnité pour responsabilité.

Enrichissement sans cause pourrait-on dire car nous

(1) Cf. sur ce sujet : note VOIRIN au D. 1935.2.33.

avons posé en principe la nullité absolue du bail. Le preneur est donc un occupant sans titre de l'immeuble ; s'il y restait gratuitement, son patrimoine se trouverait, sans cause légitime, augmenté au détriment de celui du propriétaire : une indemnité compensatrice doit donc être mise à sa charge, indemnité dont le montant sera équivalent au loyer : l'équilibre économique sera ainsi rétabli.

Cette solution, pour être supérieure à la précédente, n'est cependant pas encore satisfaisante. On admet généralement que l'enrichissement sans cause est un moyen subsidiaire. Il y aurait en tous cas quelque chose de choquant à ce que les tribunaux y recourent dans ce cas, cela n'équivaudrait à rien moins qu'à tourner la prohibition légale : le bail est déclaré nul comme visant un but contraire aux bonnes mœurs. Or, recourir à l'enrichissement sans cause aboutirait pratiquement à faire produire au contrat tous ses effets : d'une part le preneur a occupé les lieux jusqu'au jugement autorisant l'expulsion, d'autre part, le bailleur touchera la part de loyers correspondant à cette période. Faire jouer ici l'enrichissement sans cause, ce serait, en pratique, supprimer l'annulation du contrat pour le passé. Or, il est de principe que l'annulation basée sur un vice originaire remonte à la date même de ce vice, c'est-à-dire à la conclusion du contrat.

Cette solution écartée, reste la notion de dommages intérêts fondée sur la responsabilité civile. A première vue, les arrêts semblent unanimes à adopter cette solution (1) :

(1) Civ. 7 avr. 1857. D. 57.1.171 ; Req. 3 août 1876. D. 77.1.216 ; Paris, 29 avril 1929. G. P. 1929.2.199 ; Civ. Lyon, 4 déc. 1929. G. P. 1930.1.363 ; Civ. Strasbourg, 22 nov. 1929 et civ. Lille, 12 nov. G. P. 1930.1.363 (en sous note) ; Seine, 16 nov. 1929. G. Pal. 1930.1.49 ; Paris, 26 oct. 1931. D. H. 31, p. 544 ; Paris, 11 déc. 1930. D. H. 1931.106.

mais ayant parlé de dommages-intérêts, ils ne précisent pas davantage leur position. Or, on peut concevoir à celle-ci un double fondement : responsabilité contractuelle ou responsabilité délictuelle, et le montant des dommages-intérêts dépendra de la base sur laquelle repose leur attribution.

Responsabilité contractuelle, pourrait-on dire, car celle-ci est encourue dès lors que le preneur continue l'occupation au delà de la période à laquelle la convention lui donne droit. Dans notre hypothèse, le bail n'ayant pas de valeur, la période d'occupation permise n'a pas existé. Il aurait donc dû restituer. S'étant maintenu en possession, il en court une responsabilité contractuelle (1).

Ce raisonnement, dans le cas qui nous occupe, est purement factice. Le bail nul *ab initio* n'a pu produire aucun effet, ce n'est donc pas en vertu du bail que le preneur occupe les lieux. Il ne viole pas l'obligation née du bail en se maintenant en jouissance, car on ne viole pas ce qui n'existe pas.

Il faudrait donc admettre que lorsqu'ils parlent de réparation, les arrêts entendent se référer à une responsabilité délictuelle. Bien qu'ils ne le précisent pas, il semble que leur raisonnement soit le suivant : L'occupation du preneur a un but contraire aux bonnes mœurs. Elle est donc illicite. Or, cette occupation cause un dommage au propriétaire, elle le prive de la jouissance de son immeuble. Les trois éléments de la responsabilité se trouvent ainsi réunis : une faute, un dommage, une relation de cause à effet entre eux. L'acte du preneur tombe donc sous le coup de l'art. 1382.

(1) Douai, 11 avril 1932, Rec. Douai, 1932.184.

Il n'est pas très sûr pourtant, que telle soit la doctrine des arrêts, et cela pour deux motifs : le raisonnement supposé est faux en droit, en fait il conduirait à des résultats regrettables.

Il n'y a pas lieu de faire jouer ici l'art. 1382 aux dépens du preneur seul, car si ce dernier a vraiment commis une faute : l'occupation sans titre, il faut aussi en reconnaître une à la charge du propriétaire. Cette occupation qui lui cause aujourd'hui un dommage, elle a été voulue et permise par lui dans un but immoral. S'il n'avait pas vicié le bail en y insérant des motifs immoraux, le propriétaire n'aurait subi aucun dommage car l'acte eut été valable, et il aurait pu se faire verser des loyers. Le préjudice qu'il subit est donc le résultat d'une double faute : la sienne et celle de son co-contractant.

Peu satisfaisante en droit, l'application de la responsabilité quasi-délictuelle conduirait à des résultats décevants en fait, car la détermination de la part incombant à chacune des parties dans la faute commune serait forcément arbitraire.

Ce fondement, du reste, n'est nullement imposé par les arrêts cités. Sans doute, ceux-ci parlent d'indemnité, mais sans préciser qu'elle découle d'une responsabilité. Il semble bien, à lire les arrêts, qu'ils n'attachent pas à ce terme un sens précis et technique. Le feraient-ils d'ailleurs, qu'on ne pourrait en tirer aucune conclusion en ce qui concerne notre hypothèse. La plupart d'entre eux sont relatifs à des baux commerciaux, auxquels on ne saurait trouver le moindre caractère immoral. Dans ces conditions, il n'y a plus de faute du propriétaire, et l'occupant qui se maintient indûment en jouissance peut à bon droit être déclaré responsable. Même les arrêts relatifs à des baux immoraux, et

qui visent explicitement une « indemnité pour occupation sans titre et sans droit », comme le fait une récente décision de la Cour de Nancy (1) peuvent, à notre avis se rattacher à une base plus solide. L'art. 549 du C. civ.

L'occupant sans titre est certainement un possesseur de mauvaise foi. Le propriétaire n'aura même pas la charge de le prouver puisque la bonne foi n'est présumée que si l'occupant peut l'appuyer sur un titre. Or, dans notre espèce, il ne saurait en produire, et le fait qu'il a signé le bail prouve suffisamment qu'il ne se considère pas comme propriétaire.

Sa mauvaise foi établie, l'occupant ne peut faire les fruits siens et « est tenu de rendre les produits avec la chose au propriétaire qui la revendique » (2). D'après ce fondement, voici quel sera le montant de l'indemnité due au propriétaire.

Le premier élément d'évaluation sera la valeur locative de l'immeuble pour la période d'occupation. Nous disons valeur locative in abstracto, et non le prix des loyers contenu au bail, car l'art. 549 parle de « fruits », dans notre cas, ce terme désigne les revenus de l'immeuble, c'est-à-dire les loyers que le propriétaire aurait normalement pu obtenir d'un locataire quelconque au cours d'un bail honnête. Il est possible que les loyers stipulés ne correspondent pas exactement à cette valeur, mais ceux-ci ne doivent pas être pris en considération, si ce n'est comme facteur d'évaluation de la valeur locative. Il est vraisemblable que les loyers étaient plus élevés à raison du risque que faisait courir

(1) Nancy, 8 juin 1934. D. 35.2.33.

(2) Le fait que certains arrêts fixent l'indemnité à tant par an ou par jour nous paraît être un argument en faveur de la solution préconisée. Notam. : Paris, 26 oct. 1931. D. H. 1931, p. 544.

l'immoralité du contrat, peut-être au contraire, l'ont-ils été moins si le propriétaire a eu, à l'égard de son contractant, quelque intention libérale. Rien de tout cela ne doit entrer en compte, seule la valeur locative in abstracto est à envisager.

Un second élément doit être pris en considération : c'est l'état de l'immeuble. Le possesseur de mauvaise foi ne doit les fruits que dans la mesure où l'objet qu'il détient est frugifère. Si donc l'immeuble n'a pas été pendant toute la période envisagée « en bon état de réparations de toute espèce », une déduction devra être opérée dans la somme due, déduction égale au prix qu'aurait dû verser le propriétaire pour la mise en état de sa maison.

Ce ne sont donc pas les loyers prévus, ce ne sont donc pas des dommages et intérêts qui sont dus par l'occupant, mais bien les fruits de l'immeuble. Dans ces conditions, il y a lieu de leur appliquer d'abord l'art. 1155 C. civ. « ... les revenus échus tels que fermages, loyers, arrérages de rentes perpétuelles ou viagères, produisent intérêt du jour de la demande ou de la convention... » En l'occurrence, c'est le jour de la demande qui doit servir de point de départ puisque la convention est nulle. Nous pensons aussi que du fait de cette périodicité qui caractérise la perception des fruits, il y aurait lieu de leur appliquer l'art 2277 « ... les loyers des maisons... et généralement tout ce qui est payable par années ou à des termes périodiques plus courts, se prescrivent par cinq ans ».

Quelque soit d'ailleurs le fondement adopté pour cette indemnité, une chose est certaine, c'est que les tribunaux l'accordent. Prononçant la nullité ab initio du bail, ils ne méconnaissent pas la situation de fait qui a néanmoins

existé, et s'efforcent de la liquider en donnant, dans la mesure du possible, toute satisfaction à l'équité.

2° Contrat de société.

Beaucoup plus importants encore sont les effets produits entre les parties par le contrat de société. Lorsque la nullité pour immoralité vient à être prononcée, quelle est la situation des parties au contrat (1) ?

L'hypothèse que nous envisageons est celle d'une société ayant fonctionné pendant un certain temps. Au cas où la nullité serait prononcée avant la passation d'aucune opération, le déroulement de ses conséquences ne se heurterait à aucune situation de fait.

Lorsque la société a, pendant quelque temps, fonctionné comme si elle était valable, quel va être le sort des effets réellement produits, des opérations réellement effectuées.

Il est entendu que la société : étant immorale, est frappée d'une nullité absolue, mais la difficulté vient de ce que tout s'est passé, en fait, comme si elle était valable.

Le premier système qui ait été soutenu est celui de la rétroactivité. Il y a là, en effet, une conséquence logique du principe que les nullités absolues opèrent *ab initio*. Pourquoi ne pas appliquer cette règle aux sociétés ? Cette opinion n'a pourtant pas rencontré la faveur de la pratique. La logique, en l'espèce conduirait à des résultats fâcheux.

(1) L'hypothèse d'une association contraire aux bonnes mœurs a été prévue par la loi du 1^{er} juillet 1901 (art. 3 et art. 9). Dans ce cas, les biens de l'association seront dévolus conformément aux statuts, ou à défaut de disposition statutaire, suivant les règles déterminées en assemblée générale.

La rétroactivité, en effet, comporterait en particulier les conséquences suivantes : les associés sont demeurés propriétaires de leurs apports en nature, ils peuvent donc les reprendre. Ils sont créanciers de leurs apports en valeur et de leurs apports en industrie. Par contre, ils devront restituer les bénéfices qui leur ont été répartis. Pas plus que les bénéfices, les dettes n'auront d'effet à leur égard : ils n'auront à supporter aucune perte.

Ce système n'est plus jamais soutenu aujourd'hui. Il a le grave inconvénient de ne pas suffisamment tenir compte de la réalité des faits.

Plus réaliste est la théorie qui propose de procéder à la liquidation d'après le pacte social. Les auteurs qui s'y rallient raisonnent de la manière suivante. En fait, pendant la période de fonctionnement, la société a été régie par le pacte social, il serait absolument illogique d'écarter celui-ci lorsqu'il s'agit de répartir les résultats de ce fonctionnement. Ils ajoutent que l'objection tirée de la nullité est sans portée : il ne s'agit pas d'écarter les conséquences de celle-ci, mais de régler une situation de fait que la loi n'a pas prévu : cette communauté d'intérêt qui a existé entre les parties, il faut, d'une manière quelconque la liquider. Pourquoi ne pas s'en rapporter sur ce point à la volonté clairement exprimée dans l'acte.

Jusqu'à une époque récente, d'assez nombreuses décisions de jurisprudence se montraient favorables à cette manière de voir (1). En particulier, une décision de la

(1) Req. 15 déc. 1851. S. 52.1.21 ; Paris, 27 mars 1862. S. 62.2.381 ; Cass. civ., 13 mai 1862. S. 62.1.825 ; Pau, 8 juin 1891. S. 1894.2.127 ; Lyon, 19 juill. 1898. S. 1901.2.257, note WAHL ; Comm. Seine, 17 nov. 1921. G. P. 1922.1.509. Ce dernier arrêt fut confirmé en appel, mais la décision de la Cour de Paris fut cassée par la Ch. civile (13 juillet 1927. S. 1928.1.9).

Chambre civile du 8 novembre 1904 semblait avoir définitivement posé le principe : « Lorsqu'une société a été annulée après avoir existé de fait, il y a lieu de prendre, en principe pour base de liquidation entre les associés, les stipulations du pacte social » (1). Cet arrêt, il est vrai, était rendu à l'occasion d'une société d'assurance illégale, mais réserve faite des exceptions dont nous traiterons plus loin, le principe est le même pour les sociétés immorales et pour les autres sociétés illicites.

Il va de soi que la règle posée par la Chambre civile comporte des réserves : « s'il y a lieu de prendre en principe pour base de la liquidation entre associés les stipulations du pacte social, c'est à l'exclusion de celles de ces stipulations qui sont contraires à la loi », et on peut ajouter à coup sûr : à l'exclusion de celles qui seraient à l'encontre d'un principe d'ordre public, donc à l'encontre des bonnes mœurs et de l'équité (2).

Ce nouveau système, bien qu'il ait emporté l'adhésion de nombreux arrêts et de certains auteurs, n'est cependant pas entièrement satisfaisant. Il se heurte à deux principes : l'indivisibilité du pacte social, et l'art. 1131 C. civ. D'une part, on ne saurait prétendre que les règles établies dans les statuts, même celles qui concernent la liquidation, puissent être séparées de l'objet social. Elles font avec lui un tout. Or, cet objet étant par hypothèse immoral, les stipulations du contrat social, qui, dans le but commun des parties, visaient à l'utilisation, à l'exploitation de cet objet doivent être annulées en vertu de l'article 1131, comme

(1) Civ. 8 nov. 1904. D. 1905.1.36.

(2) En particulier : HÉMARD, *Théorie et pratique des nullités de société et des sociétés de fait*, nos 529 et s. (p. 689).

reposant sur une cause immorale. Dans ces conditions, il est certain qu'appliquer néanmoins les règles qui y sont contenues après prononciation de la nullité, même si on leur demande seulement de régir la situation passée, c'est aller directement à l'encontre du texte cité, qui enlève expressément tout effet à l'obligation sans cause.

Ce sont ces considérations, semble-t-il, qui ont décidé la Cour de cassation à abandonner son ancienne attitude dans un arrêt de 1927. Une société s'était formée pour l'exploitation d'un « remède secret ». A la demande d'un des associés, la nullité de cette société fut prononcée par un jugement du tribunal civil de la Seine (1), qui décida en même temps, se fondant sur la jurisprudence antérieure, que la liquidation devait avoir lieu sur la base du pacte social. Celui-ci décidant qu'il y aurait lieu à partage par moitié de l'actif entre les deux associés, la marque du remède « arseno Benzol Billon » devait être vendue aux enchères. Les établissements P., apporteurs à la société de cette marque, firent appel, prétendant reprendre l'apport en qualité de propriétaires. La Cour de Paris confirma le jugement, mais un pourvoi fut formé, et la Chambre civile (2), se fondant en particulier sur l'art. 1131, cassa l'arrêt d'appel, et posa une double règle : « Jusqu'au moment où cette nullité (celle de la société) est invoquée, il a pu y avoir entre les associés des rapports de fait qui doivent se régler par le partage équitable de l'actif ou du passif résultant des opérations... qui ont été faites en commun. Mais attendu qu'on ne peut comprendre dans la masse active provenant de la communauté d'intérêts créée

(1) Civ. Seine, 17 nov. 1921. G. P. 1922.1.509.

(2) Civ. 13 juillet 1927. S. 1928.1.9.

par un simple fonctionnement de fait les apports qui résultent de stipulations dont la nullité est absolue... »

Donc 1^o ce n'est pas le pacte social mais l'équité qui doit présider à la liquidation ; 2^o Les apports résultant de stipulations dont la nullité est absolue doivent être repris par les apporteurs en qualité de propriétaires.

En présence de l'arrêt de la Chambre civile, il semble bien qu'il faille considérer la liquidation d'après l'équité comme la solution de principe à laquelle la jurisprudence doit être désormais fidèle.

Il est permis de douter pourtant de sa valeur (1). Le premier reproche qu'on peut adresser à cette conception est son manque de précision. Qu'est-ce au juste que l'équité en la matière ? Cela signifie-t-il que le juge devra chercher dans chaque cas quelle est la solution la meilleure ? En admettant qu'il faille s'en rapporter à un système unique, partagera-t-on les bénéfices par part virile, ou proportionnellement aux apports ? Et dans ce dernier cas quelle importance donner aux apports en industrie ? En l'absence de règles précises, ne va-t-on pas finir par appliquer les stipulations du pacte, et retomber ainsi dans les inconvénients du système précédent ? On peut ajouter que ce système n'est pas, en lui-même, très juridique. Où trouver dans les textes ou dans les principes de la matière un support à cette forme du partage ?

Dans nos hypothèses, où la nullité est une sanction à laquelle l'intérêt social est très fortement intéressé, il y a lieu, nous semble-t-il, de rechercher quelle est la solution qui lui donnerait la plus large satisfaction.

(1) Cf. notam. la critique de cette conception dans la note précitée de M. SOLUS.

Plusieurs individus se sont associés dans un but de lucre immoral, par exemple pour exploiter une maison de jeu. On peut considérer que le degré d'immoralité est le même pour tous. Il n'y a donc aucune raison d'avantager les uns au profit des autres. Ce serait même là une solution regrettable, car les plus malins ou les plus malhonnêtes d'entre les associés, avantagés dans une première liquidation, pourraient être tentés de recommencer l'opération afin de dépouiller légalement, et par la volonté du juge, quelques nouvelles victimes. On irait donc vers une multiplication des sociétés immorales, en cherchant à atteindre le résultat contraire.

Une solution souvent préconisée est la confiscation de l'actif social au profit d'œuvres de bienfaisance. Cette sanction était adoptée par l'art. 1167 du Code civil espagnol. Elle n'est pas prévue par notre droit, il n'y a donc pas lieu de s'y arrêter. En outre, il n'est pas sûr qu'elle soit pleinement satisfaisante. Sans doute, la confiscation comporterait un certain effet préventif, mais, une fois la société constituée, sa conséquence la plus certaine serait d'empêcher les associés de recourir à l'intervention de la justice, assurés qu'ils seraient de tout perdre par ce moyen. Tant bien que mal, la société immorale continuerait donc à fonctionner, résultat contraire à l'intérêt général.

Envisageons donc la situation de fait des associés : Ils sont engagés dans une convention nulle *ab initio*, donc, ainsi que le dit l'arrêt de 1927, ils doivent reprendre, en tant que propriétaires, les apports qui existent encore en nature. Pour les autres, aliénés ou transformés, ils seront créanciers de leur valeur et il en sera de même pour les apports en industrie. Aucune importance *a priori*, ne doit être accordée à ceux-ci, une évaluation devra en être faite.

Reste alors à partager le résultat des opérations sociales actif et passif. M. Solus et quelques autres auteurs (1) ont soutenu l'opinion d'après laquelle il y aurait lieu à application de l'art. 1853 C. civ. Aux termes de ce texte : « lorsque l'acte de société ne détermine point la part de chaque associé dans les bénéfices ou pertes, la part de chacun est proportionnelle à sa mise dans le fonds de la société. » Ce texte constituerait le droit commun « auquel l'interprète et le juge doivent recourir en l'absence de toute disposition expresse et formelle en sens contraire », enfin l'hypothèse qu'il prévoit serait « rigoureusement conforme à celle qui nous occupe ».

Cette argumentation ne nous paraît pas absolument convaincante. L'art. 1853, sans doute, constitue bien le droit commun, mais droit commun des sociétés réelles et valables. Or, nous ne nous trouvons pas en présence d'une telle hypothèse. Ce n'est pas la société ni ses effets qui doivent être liquidés, puisqu'il y a nullité *ab initio*, mais l'état de fait, l'indivision qui est résultée de la communauté d'intérêts entre pseudo-associés. L'art. 1853 ne s'impose donc nullement, et cela d'autant moins qu'il n'était dans l'esprit du législateur qu'un texte interprétatif. Or, dans les statuts de la société nulle, les parties ont manifesté clairement une volonté divergente.

En réalité, puisque nous sommes en présence d'une indivision, il n'est que d'en appliquer les règles. Or, le partage de celle-ci doit s'opérer de telle sorte que chaque communiste reçoive une part égale à celle que le fait de sa présence a apporté dans la masse commune. Quelle est,

(1) THALLER et PERCEROU, *Traité élém. Droit com.*, n° 365 ; ARTHUYS, *Soc. com.*, t. I, n° 80.

en l'espèce, cette part ? Deux cas, nous semble-t-il, sont à envisager :

Ou bien les associés, les gérants mis à part, n'ont collaboré à la société que par leurs apports, et alors le partage doit s'opérer de la manière suivante : partage de l'actif proportionnellement aux apports après évaluation des apports en industrie. Même solution pour le partage du passif. Ajoutons que les associés gérants, en ce qui concerne les émoluments qui leur sont dus pour la gérance, doivent être traités comme des tiers. Nous envisagerons donc leur situation à ce point de vue au paragraphe suivant.

Ou bien, seconde hypothèse, il s'agissait d'une de ces petites sociétés dont tous les membres collaborent au succès de l'entreprise, non seulement par leurs apports, mais par leur activité, et indépendamment de tout apport en industrie. En ce cas, nous croyons que dans le partage, tant de l'actif que du passif, deux choses doivent être prises en considération : la valeur apportée, l'effort fourni en vue de la bonne marche de l'affaire. Dans l'indivision que nous voulons liquider, le fait de la présence de chaque associé entraîne en effet, une double conséquence l'apport d'une valeur, l'existence d'un effort. C'est le total de ces deux facteurs qui doit constituer le cadre de la liquidation.

Sans doute, l'arbitraire que comporte un partage effectué sur ces bases ne nous échappe pas. Dans une large mesure il est artificiel de dire pour telle part les bénéfices ou les dettes sont dus au capital, pour telle part à l'activité personnelle, aussi notre solution ne prétend-elle pas être parfaite, mais seulement moins injuste que les précédentes. Tel membre de la communauté dont l'apport en capital a pu être très faible, peut avoir contribué pour les

trois quarts à la bonne marche de l'affaire par son activité, sa compétence ou le seul fait de sa présence. Nous croyons que ce serait consacrer un enrichissement injuste que de ne pas s'efforcer de lui rendre ce que la masse indivise lui doit. Inversement, si le passif est dû, dans une très large proportion à ses interventions intempestives, pourquoi, dans cette mesure, ne pas le laisser à sa charge ?

Il ne faudrait pas dire, par ailleurs, que notre solution conduit, tout au moins lorsqu'il y a excédent d'actif, à récompenser l'associé moralement le plus coupable, puisqu'il a le plus contribué au fonctionnement de la société. Par le fait qu'ils ont accepté de coopérer à l'exploitation, tous les membres de la communauté sont également coupables, mais les uns ont été paresseux ou incompetents, les autres actifs et avisés. Il n'y a aucune raison de dépouiller ceux-ci au profit de ceux-là.

Notre principe est donc que le partage de la masse indivise doit, dans la mesure du possible, rendre à chacun ce que sa présence y a apporté. La même règle doit s'appliquer au partage du passif, mais seulement dans les rapports entre associés, c'est-à-dire pour la contribution aux dettes. La question de l'obligation est différente, car elle est un aspect de celle que nous devons examiner maintenant : quels sont les effets de l'acte nul dans les rapports des parties avec les tiers ?

B. — EFFETS A L'ÉGARD DES TIERS

DE LA NULLITÉ D'UN CONTRAT A EXÉCUTION SUCCESSIVE.

Cette question se pose avec une acuité particulière à l'occasion de la société immorale, car il est de sa nature

de traiter avec des tiers, et ceux-ci seront d'autant plus nombreux que la nullité sera intervenue plus tard.

Il faut préciser tout d'abord que le mot tiers désigne ici tous ceux qui sont entrés en rapport juridique à l'occasion d'un acte quelconque avec la pseudo-société, ou avec l'un de ses membres en tant qu'associé. Deux questions se posent au sujet de ces rapports : d'abord quels sont les actes passés par les associés ou la société avec des tiers et qui sont valables. Ensuite, un acte étant déclaré valable, il en résulte qu'un tiers se trouve être créancier ou débiteur de la pseudo-société. Quels vont être, dans le premier cas, ses droits, dans le second ses devoirs une fois la nullité prononcée pour immoralité ?

*1° Quels sont les actes valables à l'égard des tiers
et quels sont ceux qui sont nuls ?*

La difficulté doit être d'abord limitée. Un contrat immoral quelconque étant donné, les actes juridiques auxquels il donne l'occasion de naître sont de deux sortes : les contrats accessoires, les contrats indépendants.

Sont accessoires les contrats qui sont liés indissolublement au contrat principal, donc, qui se trouvent infectés de son immoralité. Sont indépendants les contrats qui ne comportent pas de lien direct avec la convention immorale, ou plus exactement, pas de lien absolu. Ils peuvent en être le complément, à condition que ce complément ne soit pas nécessaire, c'est-à-dire, en somme qu'ils ne soient pas une partie de la convention immorale elle-même.

La jurisprudence semble désormais fixée en ce sens que la classification des actes annexes en contrats indépendants et contrats accessoires est une question de fait : d'interpré-

tation de la volonté des parties. On en trouve, dans les arrêts, plusieurs exemples ; le plus net est le suivant : une maison de tolérance fut donnée à bail à un tenancier. Par acte séparé, celui-ci se porta acquéreur du mobilier garnissant la maison. Il était convenu que le règlement se ferait par mensualités. Or, à l'échéance d'un des billets qu'il avait souscrits, l'acquéreur se refusa à payer, arguant de ce que leur vente participait à l'immoralité du contrat principal. La Cour n'admit pas cette prétention, « attendu que ... le soin qu'ont pris les parties de constater leurs accords par deux actes distincts démontre que, dans leur pensée, la vente n'a pas été considérée comme un accessoire nécessaire et indispensable du bail » (1).

Une espèce plus récente nous met en présence d'une solution analogue. La location d'un magasin effectuée par une société constituée en vue de la vente d'un remède secret fut déclarée valable. Dans l'espèce d'ailleurs, l'arrêt se fonda sur la nature de la cause de l'obligation, et non sur l'indépendance des volontés (2). En revanche, dans une espèce très voisine, la Chambre civile déclara tomber avec le contrat de société illicite, le bail d'une clinique, signé par l'un des associés (3).

Le principe peut donc être posé que les contrats accessoires à l'acte immoral sont nuls, tandis que les contrats indépendants sont valables.

Dans le cas que nous envisageons, celui de la société immorale, les contrats indépendants n'ont pas à être pris en considération. Ils ont leur valeur propre : ou bien un

(1) Poitiers, 8 fév. 1922. S. 1922.2.116.

(2) Angers, 13 mai 1929. S. 1931.2.1.

(3) Cass. civ. 4 déc. 1929. S. 1931.1.49, note ESMEIN.

acte est passé directement en vue du fonctionnement de la société immorale, et alors c'est un contrat accessoire, ou bien il est, dans la volonté des parties, sans lien direct avec la société, et doit alors être considéré indépendamment d'elle. Celle des parties qui a conclu l'acte sera entrée vis-à-vis de son cocontractant — tiers à la société immorale — dans un rapport juridique valable. Notre étude se limite donc au cas des contrats accessoires passés avec des tiers.

Ces opérations, avons-nous dit, sont, en principe nulles. Par respect pour la sécurité des transactions, ce principe comporte toutefois des exceptions. Une distinction doit être établie suivant que l'opération dont il s'agit est, par elle-même immorale, ou, au contraire, valable.

Les conventions licites, en cours d'exécution au moment où est prononcée la nullité de la société, suivent leur cours normal, sous réserve du droit qu'ont les parties à ces actes, d'en demander la résolution, au cas où la nullité entraînerait leur inexécution par la société. Donc les conventions accessoires par elles-mêmes licites demeurent valables à l'égard des tiers.

Des solutions inverses doivent être admises s'il s'agit d'opérations en elles-mêmes immorales, et cette distinction nous ramène à celle établie en matière de contrats instantanés entre tiers de bonne foi et tiers de mauvaise foi : Ceux qui procèdent avec la société à une opération valable peuvent ignorer l'immoralité de son objet. Au contraire, ceux qui ne reculent pas devant un acte immoral en lui-même se trouvent en somme en état de complicité par rapport à l'immoralité de la société.

Certains actes, même accessoires au contrat social, seront donc valables à l'égard des tiers à ce contrat. Il en résulte

tera que ceux-ci se trouveront investis de la qualité de créanciers ou de débiteurs. Quelle sera, dans l'un et l'autre cas, leur situation ?

2^o Situation des tiers engagés dans un contrat valable avec la société immorale.

a) CRÉANCIERS SOCIAUX. — Il est certain que la société étant viciée dans son essence par l'objet ou le but qu'elle poursuit, aucune personne morale n'a pris naissance. Il n'y a même pas de société de fait, mais seulement indivision, communauté d'intérêts entre les pseudo-associés. On ne peut donc parler de patrimoine social sur lequel les créanciers sociaux exerceraient un droit de préférence. Ils en seront réduits à concourir au marc le franc avec les créanciers personnels des associés.

Tel étant le droit des créanciers, comment pourront-ils le faire valoir ? Nous pensons, s'agissant ici de l'obligation aux dettes, et non de la contribution, que le tiers doit pouvoir poursuivre tous les pseudo-associés. Sans doute, on pourrait soutenir, puisqu'il n'a traité qu'avec un seul d'entre eux, qu'il n'aura de recours que contre lui seul (1). Ce serait, croyons-nous, une erreur, car il y a lieu d'appliquer ici la théorie de l'apparence : les membres de la société se sont donnés pour liés, les tiers ne doivent pas souffrir du fait que, par leur faute, ils ne le sont pas réellement. Les créanciers de la société manquée pourront donc s'adresser à n'importe lequel des membres du groupe et lui réclamer le paiement de l'intégralité de la dette, mais ils devront alors concourir avec les créanciers personnels de l'associé auquel ils s'adressent.

(1) Lyon, 28 fév. 1853. D. 53.2.207. S. 53.2.283.

Lorsque le gérant, avec qui les tiers ont traité, n'est pas un associé, que va devenir leur recours ? Ici la théorie de l'apparence ne saurait intervenir : le gérant ne s'est pas donné lui-même comme obligé ; les tiers n'ont pas cru traiter avec lui. On ne saurait dire, par ailleurs, qu'il a représenté la société, puisque la société n'a pas existé. Malgré tout, il faut, nous semble-t-il, décider que le prétendu gérant est tenu à l'égard des tiers. Il a encouru envers eux une responsabilité en prétendant représenter vis-à-vis du public une société à objet immoral (1). Donc, à son encontre, ce ne sera pas une action en paiement que les tiers pourront exercer, mais une action en responsabilité. En pratique, le résultat sera à peu près le même, la réparation ne pouvant consister qu'en un paiement intégral de la créance.

Si le prétendu gérant est solvable, pas de difficultés, mais, dans le cas contraire, — et il est à craindre que ce cas soit fréquent puisque tous les créanciers de la société vont s'adresser à lui, — les tiers vont se trouver lésés. Cette solution ne nous semble pas admissible. La sécurité nécessaire au commerce ne peut s'accommoder d'une telle situation. Nous ferons donc appel une fois de plus à la théorie de l'apparence : les tiers ont cru traiter avec la société. Sans doute celle-ci n'existe pas, mais les responsables de l'apparence existent. Ils ont accepté que leur prétendue société passe des actes avec des tiers par l'intermédiaire du gérant. Ils ne doivent pas pouvoir se soustraire aux conséquences de leur volonté. Donc, comme dans les autres hypothèses, les tiers pourront, en plus de leur action en responsabilité contre le prétendu gérant, se prévaloir de la

(1) Sic. HÉMAR, *Nullité des sociétés*, n° 76.

responsabilité qui incombe à tous les associés, et, en matière commerciale, ce sera une responsabilité solidaire.

b) DÉBITEURS SOCIAUX. — La situation est plus simple en ce qui concerne les débiteurs sociaux. Ils pourront valablement payer leur dette entre les mains de la personne avec qui ils ont traité, et celle-là seule pourra les poursuivre. S'ils ont été en rapport avec un gérant non associé, il faut décider, semble-t-il, qu'ils paieraient valablement entre les mains de n'importe lequel des pseudo-associés, l'apparence jouant à leur profit. En revanche, comme elle ne saurait s'imposer à leur encontre, le gérant dont il s'agit ne pourrait pas poursuivre ; seul le liquidateur de la masse indivise aura ce pouvoir. Deux situations peuvent en effet se présenter : ou la masse indivise n'est pas suffisante pour désintéresser les créanciers sociaux, ou elle est excédentaire. Dans la première hypothèse, le liquidateur représentant les créanciers poursuivra les débiteurs sociaux par l'action de in rem verso. Ils ont, en effet, reçu une valeur en contre-partie de leur engagement, il y aurait pour eux enrichissement injuste à conserver cette valeur sans en payer le prix. Dans le second cas, masse indivise en bénéfice, la même action pourra être intentée, mais cette fois au profit des pseudo-associés.

CHAPITRE II

Les tempéraments au principe.

SECTION I. — La règle *nemo auditur* (1).

Le principe de la nullité absolue du contrat immoral reçoit traditionnellement une exception importante du fait de l'intervention d'une maxime d'origine romaine : *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, parfois exprimée sous une forme quelque peu différente : *In pari causa turpitudinis, melior est causa possidentis*.

Transposées dans le droit français moderne, ces maximes visent toutes au même but : empêcher qu'un demandeur puisse, grâce à l'intervention de la justice, tirer un avantage quelconque d'un acte honteux accompli par lui.

Nous avons signalé dans notre introduction comment cette règle était apparue en droit romain. Le caractère essentiellement moral qu'elle présente la fit accueillir par l'ancien droit et reproduire fidèlement par Domat et Pothier. Surtout, elle fut appliquée très largement par la jurisprudence des ^{xvii}^e et ^{xviii}^e siècles.

Le Code civil n'y fait pas allusion, et les travaux préparatoires sont trop peu explicites pour qu'on puisse tirer de

(1) Pour l'étude de cette règle, cf. la thèse de M. SAYEY-CASARD. Lyon, 1930 : *Le refus d'action pour cause d'indignité*.

ce silence une conclusion solide. Si l'on fait abstraction de quelques hypothèses exceptionnelles, notamment de celle prévue à l'art. 1967, il ne fut réellement question de notre maxime qu'à une seule occasion : la discussion de l'art. 1131. Le tribunal de Grenoble fit observer (1) qu'il y aurait lieu d'ajouter à ce texte, une disposition ainsi conçue : « Si la cause blesse les bonnes mœurs de la part des deux parties, il n'y a pas lieu à répétition de ce qui a été donné ». Or, le libellé de l'article n'a pas été modifié. Quelle conclusion tirer de ce silence ? Les uns diront : Il est clair que les rédacteurs ont entendu repousser l'adage et toutes ses conséquences. La question de son admission leur était nettement posée, ils l'ont résolue par la négative. Au contraire, soutiendront les autres, si la maxime n'a pas été expressément consacrée, c'est parce que cela a semblé inutile. L'adage allait de soi, il était considéré comme l'un de ces principes généraux qui dominent les règles de droit, sans qu'il soit besoin de les incorporer dans un texte formel. Il est d'ailleurs contraire à toute vraisemblance que l'on ait voulu écarter, par simple réticence, une règle jusqu'alors incontestée et d'application courante.

Une sorte d'énigme se trouvait donc posée aux interprètes. Après une courte période de calme et d'accord unanime en faveur de la maxime, dans la doctrine, partisans et adversaires du maintien de la règle s'affrontèrent. La jurisprudence, à l'origine, sembla ignorer ces discussions, et s'en tint au système traditionnel. Depuis lors, une évolution s'est produite, mais le désaccord entre les auteurs et les juges s'est, dans l'ensemble, maintenu, de sorte que

(1) FENET, t. 3, p. 558. Observations du tribunal de Grenoble.

nous croyons devoir étudier séparément ces deux conceptions.

A. — ATTITUDE DE LA DOCTRINE DEVANT LA RÈGLE.

Pendant les premières années qui suivirent la promulgation du code, les auteurs et la jurisprudence se maintinrent d'accord pour admettre l'application de la maxime. Ils semblent même n'avoir guère aperçu les questions difficiles que pouvaient poser son application. La justification tirée des textes romains paraissait alors suffisante.

C'est aux environs de 1830, et, semble-t-il, à l'occasion des contre-lettres dans les cessions d'offices, que des objections commencèrent à s'élever. Depuis lors, la discussion n'est pas tarie. Il est curieux de remarquer que la plupart des auteurs expriment une opinion entièrement orientée dans un sens ou dans l'autre, favorable ou hostile, sans qu'un avis intermédiaire trouve à se faire jour, avis au terme duquel la règle pourrait être admise dans certains cas et repoussée dans d'autres.

Sans songer à passer en revue chacun des auteurs qui ont émis une opinion sur notre sujet, nous nous proposons d'examiner les principaux arguments qui ont été émis en faveur de l'une ou l'autre thèse.

1^o *Arguments donnés par les auteurs favorables à la maxime.*

Pour étayer la solution qu'ils proposaient ou adoptaient, les auteurs et les arrêts se contentèrent d'abord d'invoquer le Digeste et la Tradition. La justification parut insuffisante lorsque des critiques précises leur furent adressées, en particulier celle de contradiction avec les textes du Code, critique qui paraissait capitale aux yeux

des exégètes. L'argument sembla même si sérieux aux partisans de la maxime qu'ils acceptèrent le combat sur ce terrain, et s'efforcèrent de prouver que les textes invoqués à leur encontre n'avaient pas été écrits en vue de l'hypothèse envisagée, qu'en fait le Code n'avait pas prévu la question à résoudre.

Deux groupes d'articles sont en effet opposés à l'application de *nemo auditur* : 1131 et 1133 d'une part, 1235 et 1376 de l'autre. Les premiers décident qu'une obligation sur cause immorale ne peut avoir aucun effet. Or, dit-on, ce serait lui en conférer un que de maintenir les prestations faites pour son exécution. Raisonnement sans valeur, rétorquent les partisans de la maxime. Ce n'est pas en vertu de la convention que les paiements sont maintenus. Le juge refuse seulement d'écouter les allégations d'un plaideur qui fonde une demande sur sa propre immoralité. Il ne s'appuie en rien sur la convention elle-même.

Plus rationnel semble l'argument tiré des textes relatifs au paiement de l'indu. Ce qui est payé sans être dû est sujet à répétition dit l'art. 1235. Or, c'est payer l'indu, que de verser une prestation en exécution d'un acte nul. Cette prestation peut donc être répétée.

D'apparence logique, ce raisonnement repose pourtant sur une base erronée : lorsque fut écrit l'art. 1235, ses rédacteurs n'avaient en vue qu'une situation bien précise : celle qui était régie, en droit romain, par la *condictio indebiti* : tout au contraire, l'hypothèse que nous envisageons relevait de la *condictio ob turpem vel injustam causam*. Chacune de ces actions obéissait à des règles propres commandées par sa nature spéciale. Le Code civil n'a reproduit que celles de la *condictio indebiti* ; il faut se garder

d'en étendre les règles à des cas qu'elle ne devait pas régir.

On ne saurait donc tirer de l'art. 1235 l'exclusion de la règle romaine. Ce serait là une conclusion d'autant plus contraire à l'esprit du C. civ., que le texte en question est directement inspiré de Pothier. Or nous avons vu que cet auteur consacrait formellement, par ailleurs, l'application de *nemo auditur*.

Les rédacteurs n'ont donc pas envisagé l'hypothèse de la répétition. Ce silence ne saurait suffire à faire rejeter notre maxime alors qu'elle peut s'appuyer sur un si long passé, alors surtout qu'elle est conforme à l'intérêt social : le refus de répétition crée entre les contractants turpes une insécurité qui porte grave atteinte à ce genre de transactions. Que risquerait-on, en effet à se livrer à un commerce honteux, par exemple à acquérir une maison de tolérance, si rien d'autre n'était à craindre pour chaque partie, que d'être remise dans la même situation pécuniaire qu'avant la transaction ? Au contraire, si les juges appliquent la règle, l'un des contractants sans scrupules risquera toujours, ayant fourni sa prestation de trouver en face de lui un partenaire encore plus malhonnête qui refusera d'exécuter la sienne. Ce risque auquel « *nemo auditur* » laisse place se trouvera jouer un rôle préventif. Mieux vaut donc « laisser au-dessous du droit, dans l'ombre des transactions ignorées ces troubles négociations dans lesquelles les contractants spéculent sur les vices de l'humanité » (1).

Refuser la répétition, a-t-on dit, en outre, serait illogique. Si l'une des parties au contrat immoral invoque en

(1) RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*.

justice la nullité de son engagement avant de l'exécuter, et pour échapper à l'exécution, tout le monde pense que sa prétention doit être accueillie. Pourquoi ne le serait-elle plus lorsqu'il s'agit de revenir sur les prestations accomplies ? L'indignité est égale dans les deux cas.

On peut faire valoir encore un argument plus technique : l'art. 1131 a été écrit avec une portée toute autre que celle qu'on voudrait lui assigner. Dans le texte du projet (1), la teneur de l'art. 1131 se trouvait au numéro 30. Or, l'art. 29 était ainsi conçu : « Il est libre aux parties de faire entre elles toutes les conventions qu'elles jugent à propos pourvu que la convention n'ait pas une cause illicite ». L'art. 30 précisait : « La cause illicite annule la convention ». Un auteur (2) fait remarquer que si, devant le tribunal, on a réuni dans la même disposition la cause illicite et la cause inexistante, c'est par un simple accident de rédaction, et pour resserrer le texte. Le rapporteur n'a fait aucune allusion à la répétition, mais a tenu à souligner que « les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » (3). Il était naturel qu'il déclare ensuite faire exception pour les conventions illicites. « La loi leur refuse toute existence qui puisse produire effet ». Ces observations amenèrent à la rédaction actuelle de l'article.

Il ressort donc de ce passage des travaux préparatoires que les rédacteurs ont eu en vue de bien préciser que la cause illicite entraîne la nullité de l'obligation, contrairement à ce que soutenaient encore quelques auteurs. L'idée ne leur est pas venue de s'occuper de la question de répé-

(1) Projet présenté au C. E. le 11 Brumaire an XII. FENET, t. 13, p. 8.

(2) SAVEY-CASARD, thèse précitée, p. 73 et s.

(3) Séance du Tribunal, 13 Pluviôse an XII, rapport de Favart. Dans Locré, « La législation de la France », t. 12, p. 429 et s.

tition. Il faut donc conclure que l'art. 1131 ne saurait être invoqué logiquement pour ou contre l'application de l'adage.

En faveur de la règle romaine encore peut être produite une vieille idée qui paraît aujourd'hui un peu désuète, mais ne fut sans doute pas sans influence sur son maintien dans l'ancien droit. La dignité de la magistrature s'opposerait, non pas seulement à ce qu'on étale devant elle des transactions louches, inspirées par des sentiments vils, mais surtout à ce que l'on prétende demander l'appui de son autorité pour mener à bonne fin une opération immorale, ou pour revenir sur une exécution commencée.

Plus subtil et plus juridique est un argument qui fut présenté par Saleilles (1), et que cet éminent auteur a peut-être emprunté à Aubry et Rau. Se référant à l'hypothèse de la *condictio ob turpem causam*, il propose cette solution : « L'auteur du paiement ne pourrait réclamer ce qu'il s'était fait promettre, il ne peut donc se plaindre de ne pouvoir toucher ce que le droit ne lui permet pas d'obtenir ; en d'autres termes, il ne peut fonder sa réclamation sur une cause que le droit annule ou ne reconnaît pas. Seulement, comme il devait prévoir dès le début cette impossibilité d'obtenir par voie de justice ce qu'il attendait de l'accipiens, il est censé avoir fait une sorte de contrat aléatoire duquel résulte la véritable cause qui justifie le maintien de la prestation aux mains de celui qui l'a reçue ». .

A vrai dire, la justification qui ressort de cet argument ne cadre peut être pas très exactement avec la maxime

(1) SALEILLES, *Etude d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, p. 465 et s. Voy. aussi : AUBRY et RAU, paragr. 442 bis, note 9.

romaine. Sans doute, il justifie le refus de répétition, mais il l'appuie sur un autre fondement que l'indignité du demandeur. L'argument revient en somme à soutenir que le refus de répétition rentre dans la volonté des parties : elles se sont liées par un contrat présentant outre les obligations normales, un aléa, l'éventualité d'une non exécution par l'une d'elles. Dans les conventions ordinaires, cet aléa n'existe pas puisqu'on peut obtenir exécution forcée. En notre matière il est imposé par la nature de l'acte. Cet aléa, pris en considération et accepté, serait une cause suffisante au maintien de la prestation chez celui qui la détient. C'est, en somme l'exécution pure et simple de ce qu'ont voulu les parties.

Sans aller jusque-là, certains auteurs ont trouvé une autre justification au refus d'action en répétition : c'est l'obligation naturelle. Celui qui s'est engagé en vertu d'une convention illicite ne s'est pas valablement lié d'après le droit civil, mais il reste à sa charge une obligation naturelle, et, s'il l'exécute il ne pourra pas être admis à revenir sur le paiement effectué. On a, en particulier utilisé cette explication pour rendre compte de l'art. 1967 C. civ. Cette consécration légale de l'hypothèse dans un cas particulièrement important autoriserait une généralisation. Ici encore, ce n'est pas la maxime romaine qui se trouve justifiée, mais sa conséquence principale : l'impossibilité de répéter.

A vrai dire, il serait difficile de préciser quels sont, de ce fatras d'arguments ceux qui ont paru décisifs aux arrêts qui adoptent la solution romaine. Les décisions, même les plus récentes se contentent d'une justification très générale. « Attendu que lorsque la convention intervenue entre les parties a une cause contraire aux bonnes mœurs, celles-

ci sont irrecevables à fonder sur elle aucune action, soit pour l'exécution de cette convention, soit pour la restitution des sommes payées ou des avances faites pour son exécution » (1). « Attendu qu'aux termes de l'art. 1131, toute obligation sans cause ou sur fausse cause ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet. Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que les billets de commerce, objet du litige, ont une cause illicite et contraire aux bonnes mœurs, que chacune des parties au procès a pris part à la convention immorale en exécution de laquelle ces billets ont été souscrits et négociés, d'où il suit qu'elles ne sont recevables à demander en justice ni le paiement du prix stipulé, ni la restitution de ce qui a été payé... » (2).

2^o Arguments donnés par les auteurs hostiles à la maxime.

C'est un raisonnement tout à fait analogue dont s'inspirent les juges qui veulent, au contraire, repousser la maxime « Attendu que la cause illicite de l'obligation ne faisait pas obstacle à l'exercice de l'action en répétition des sommes versées, qu'en effet, aux termes des art. 1131 et 1235 C. civ., ce qui a été payé en exécution d'une action nulle n'est pas dû, et ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition » (3).

L'argument est en somme le même, mais retourné ; tandis que les premiers arrêts disaient : puisqu'aux termes de l'art. 1131 la convention ne doit avoir aucun effet, il faut laisser les choses en l'état, la prétention du demandeur doit être rejetée. Le dernier dit au contraire : pour empê-

(1) Civ. 13 nov. 1938. G. P. 26 janv. 1939.

(2) Req. 17 juill. 1905. S. 1909.1.188.

(3) Civ. 25 janv. 1921. S. 1922.1.164.

cher le contrat de produire effet, il faut revenir au statu quo ante.

Les auteurs, en effet, n'ont pas manqué de faire remarquer que l'interprétation donnée des art. 1131 et 1235 par les partisans de *nemo auditur* n'est peut-être pas la seule possible. Les travaux préparatoires, à leur sujet, ne sont pas extrêmement nets, et il est bien difficile de préciser en particulier quelle situation ont envisagé les rédacteurs de l'art. 1235. Est-ce la seule *condictio indebiti*, ou est-ce, d'une manière générale, tout paiement indu ? Il faut bien dire que si l'on considère les textes tels qu'ils se présentent et qu'on cherche à leur donner toute la portée qu'ils comportent, c'est plutôt vers le rejet de la maxime qu'il faudrait s'orienter. L'obligation immorale ne peut produire aucun effet, lit-on à l'art. 1131. Est-ce vraiment lui en donner que d'accueillir l'action en répétition des prestations effectuées ? Ce n'est pas sur la convention elle-même que se fonde la demande, mais sur sa nullité. Or, le texte ne dit pas que la nullité doit être sans effet, car, dans ce cas, autant vaudrait ne pas l'édicter.

Ce sont ces considérations qui ont paru décisives aux auteurs exégétiques et qui ont motivé les violentes diatribes dans lesquelles ils se sont lancés à l'encontre de la règle romaine. Aujourd'hui, ces arguments ont quelque peu vieilli, et les partisans de la maxime cherchent plutôt à la défendre sur un autre terrain que celui de l'interprétation des textes.

Tout d'abord, il est à peine besoin de s'arrêter à cette considération qu'est la dignité de la magistrature. Nul ne songe sans doute à en nier l'existence, mais on ne saurait sérieusement soutenir qu'elle est quelque peu mise en cause à l'occasion des conventions immorales. Les tribu-

naux sont faits pour tout entendre. Siégeant au criminel, ils ont à connaître de toutes sortes d'affaires, pourquoi n'en serait-il pas de même au civil ?

Un auteur a fait remarquer combien était bizarre l'argumentation des partisans de la maxime. « C'est une singulière transposition historique que celle qui considère aujourd'hui encore le recours aux tribunaux comme une faveur, à l'instar de toutes les sociétés primitives où le droit commun est encore l'emploi de la force, et où, du moins en cas de déni de justice, il reste toujours licite de se protéger soi-même ». Et d'ajouter qu'il est difficile de comprendre l'indifférence du juge envers l'exécution d'une convention immorale, alors que cette exécution peut avoir, pour la société, des conséquences nuisibles. Cette sorte de déni de justice aboutit en fait à rendre le contrat « inexistant avant son exécution, irrévocable après » (1).

Il n'est pas inutile de remarquer en outre que l'on n'a pas toujours besoin d'invoquer sa turpitude pour obtenir répétition d'une prestation effectuée. C'est le cas chaque fois que le bien fourni existe encore, en nature, dans le patrimoine du contractant. Dans cette hypothèse, c'est ce bien que le demandeur revendique, et c'est, moins que jamais, le contrat qu'il allègue. C'est sa propriété qui sert de fondement à sa demande, et c'est, au contraire si on le repousse qu'on doit lui opposer la convention immorale. Sans doute, ce réclamant est un plaideur turpis, mais, est-ce une raison pour laisser aux mains d'autrui un bien dont il est propriétaire, et depuis quand notre droit fait-il place à ce nouveau mode d'acquisition de la propriété qu'est l'indignité d'autrui ? (2).

(1) MEYNIAL, note au S. 1890.2.97.

(2) RAYNAL, note au D. 1904.2.449.

Ajoutons que si vraiment les art. 1131 et 1133 ne trouvaient à s'appliquer qu'au cas où l'immoralité existerait chez le seul accipiens, et c'est là que conduirait l'application de *nemo auditur*, ces textes, en tant qu'ils sont relatifs aux conventions immorales seraient à peu près complètement inutiles. Dans presque tous les cas, en effet, où l'accipiens est seul turpis, la répétition pourra être effectuée en vertu d'autres principes que ceux de 1131. Si, par exemple, un individu se fait remettre de l'argent pour ne pas commettre un délit, cela se présentera généralement sous la forme d'un chantage, et la répétition pourra être obtenue, l'engagement étant nul pour vice du consentement.

Les auteurs modernes insistent surtout sur les deux considérations suivantes tirées de l'intérêt social : la règle romaine aboutit, en fait, à des résultats parfaitement injustes : la consécration judiciaire d'un enrichissement sans cause. Refuser la répétition, en effet, c'est favoriser la plus malhonnête des deux parties au contrat : celle qui ajoute à l'immoralité incluse dans l'acte une immoralité extérieure qui consiste à recevoir une prestation sans rien verser en échange. C'est, par exemple, l'acquéreur d'une maison de tolérance qui refuse de payer à l'échéance les billets souscrits en paiement. N'est-il pas difficile d'admettre que la justice accorde sa sanction à de pareils agissements?

Il nous semble même qu'on ne saurait justifier ce résultat par l'argument de Saleilles : les parties ont accepté ce risque. Admettons que cette idée soit exacte, que l'aléa soit entré dans les conventions des parties, leur engagement n'en serait pas, pour cela, valable. En effet, les volontés considérées poursuivant, par hypothèse, un but jugé néfaste par la loi, étaient incapables de fonder en elles-

mêmes des obligations ou des paiements valables. Elles sont donc inefficaces pour engager les parties à courir cet aléa particulier qui résulte de l'immoralité des prestations promises, ou du but poursuivi.

Le deuxième argument cher aux auteurs modernes, c'est que la maxime va précisément à l'encontre du but qu'on croit poursuivre en l'appliquant. Elle crée, disent ses partisans, une insécurité entre les contractants turpes. Grave erreur. Sachant qu'ils ont toute raison de se défier l'un de l'autre, ils en viendront à ne plus traiter qu'au comptant, et l'exécution trait pour trait une fois effectuée, plus aucun recours ne sera possible. Ce serait, au contraire, le fonctionnement normal de la nullité absolue, la possibilité, par l'une des parties, de revenir à tout instant sur l'exécution commencée qui seule pourrait créer l'insécurité désirable.

D'autres auteurs, en particulier M. Naquet (1), ont fait remarquer enfin que la loi, lorsqu'elle veut prohiber la répétition, prend soin de l'indiquer. Elle l'a fait pour le jeu à l'art. 1967. C'est donc que cela était nécessaire. Si vraiment la règle *nemo auditur* était une de ces maximes qui dominant notre droit des contrats, il eut été inutile de dire que le jeu, l'une des plus fréquentes et des plus importantes des conventions illicites, tombait sous sa coupe.

B. — ATTITUDE DE LA JURISPRUDENCE.

Cet ensemble d'arguments dans un sens et dans l'autre n'a guère influé sur la jurisprudence. Celle-ci est restée en marge de ces discussions, et sans en ressentir le contre-

(1) NAQUET, note au S. 1913.1.297.

coup. Nous avons indiqué que ses décisions se fondaient sur des raisons fort simples, on pourrait dire des arguments de simple forme. Cela donne l'impression que ces décisions sont le pur effet du hasard, et qu'elles sont motivées par des circonstances d'espèces. Cette impression s'accroît encore si l'on jette un regard d'ensemble sur les arrêts relatifs à ces cas.

Nous pensons pourtant que ce prétendu chaos est plus ordonné qu'il ne paraît. Les tribunaux sont guidés par des préoccupations très hautes d'intérêt social, et la jurisprudence, beaucoup plus que la doctrine, adopte à l'égard de l'ancienne règle une attitude raisonnée que nous allons chercher à préciser en étudiant successivement dans quels cas elle l'applique, et quelle portée elle lui confère.

1^o Quand y a-t-il lieu à application de la maxime.

a) Evolution.

Sans se préoccuper, au lendemain du code, de ne pas voir la règle consacrée par un texte, la jurisprudence n'hésita pas à l'appliquer comme par le passé. Cette situation se maintint durant une trentaine d'années. Nous allons voir qu'ensuite, et dans plusieurs sortes de cas, elle a dû abandonner le refus de répétition.

La loi du 28 avril 1816 art. 91 vint donner aux officiers ministériels le droit de présenter leur successeur à l'agrément des pouvoirs publics. C'était pratiquement rétablir la vénalité des charges. On pensa toutefois diminuer notablement les inconvénients inhérents à ce système en donnant au gouvernement un droit de contrôle sur la finance de l'office. La pratique eut vite fait de déjouer ces précautions, et la coutume s'établit bientôt d'adjoindre à l'acte

ostensible une contre-lettre stipulant augmentation du prix.

Tout d'abord, la jurisprudence reconnut la validité de cette pratique (1), mais cette attitude fut de courte durée. Bientôt elle décida qu'il y avait lieu de prononcer la nullité, mais elle refusa d'abord au cessionnaire le droit de répéter le supplément du prix, faisant appel pour cela, soit à la notion d'obligation naturelle (2), soit à la règle *nemo auditur* (3).

Cette attitude des tribunaux n'était pas sans présenter de graves inconvénients. D'une part, on fit remarquer qu'il ne pouvait y avoir aucune obligation naturelle à exécuter une convention contraire à l'ordre public (4). La loi ne peut défendre et permettre à la fois. Mais surtout, et cette considération fut décisive, à la faveur de cette tolérance, les contre-lettres se multiplièrent, leur importance s'accrut. Il était à craindre que les officiers ministériels, obligés d'acheter leurs charges à des prix excessifs ne soient conduits à des malversations dans le but d'obtenir la rémunération de leur mise. Aussi, la question s'étant trouvée posée devant la Cour de cassation en 1844, celle-ci la résolut, dans deux arrêts de principe (5), par le droit à la répétition des sommes versées en paiement de la contre-lettre. La Chambre des requêtes indique nettement, dans son arrêt, quelles sont les considérations qui lui ont paru déci-

(1) Cf. Grenoble, 16 déc. 1837. S. 1838.2.489 ; Metz, 14 fév. 1843. D. 43.2.91 ; Toulouse, 22 fév. 1840. S. 1840.2.126.

(2) Req. 23 août 1842. S. 43.1.123 ; Paris, 15 fév. 1840. S. 40.2.81 ; Seine, 18 nov. 1837. D. 38.2.48.

(3) Req. 7 juill. 1841. S. 41.1.693.

(4) Voy. les concl. du Proc. gén. DELANGLE, sous Cass. 7 juill. 1841. S. 41.1.573.

(5) Civ. 30 juill. 1844 et Req. 1^{er} août 1844. S. 1844.1.582.

sives. « Attendu que la maxime *in pari causa ne potest contrahi* ne peut s'appliquer à la cause parce que : dans l'hypothèse du droit romain, peu importe à la société à qui des deux complices doit appartenir la somme objet du paiement consommé, tandis que dans la cause où il s'agit du prix d'un office public, il en est tout autrement par le double motif : 1^o que la faute n'est pas égale....; 2^o que c'est précisément le paiement de cette partie du prix cachée et exagérée qui expose le postulant au danger de manquer à ses devoirs, le public à de graves dommages, et qui blesse particulièrement l'ordre public » (1).

Cette solution provoqua tout d'abord un trouble très grand dans le monde des officiers ministériels. De très nombreuses demandes en remboursement de prix furent introduites, et il est certain que de nombreuses injustices se trouvèrent judiciairement consacrées. La jurisprudence maintint néanmoins son point de vue (2) jugeant qu'il lui était dicté par les nécessités de l'ordre public. Ce fut le premier échec sérieux de la règle *nemo auditur*.

Ce ne devait pas être le seul. L'application de la règle a été aussi fortement discutée à propos des sociétés illicites, et il semble qu'une évolution s'y soit produite dans laquelle il est bien visible que la jurisprudence s'est laissé guider par des motifs du même ordre que ceux qui ont influé sur elle dans l'affaire des contre-lettres.

A vrai dire, dans ce nouveau domaine, l'évolution est

(1) Req. 1^{er} août 1844, précité.

(2) Cf. Cass. 13 juill. 1885. D. 86.1.263 ; Req. 18 mars 1895. D. 95.1.346. S. 96.1.11. Depuis lors est intervenue une loi de finances du 27 fév. 1912. Son art. 6 confirme la solution jurisprudentielle et l'étend à diverses aliénations ou cessions à titre onéreux. Les contre-lettres dans les cessions d'office n'en subsistent pas moins, ce qui prouve que les lois économiques sont plus fortes que les lois civiles.

moins nette, car les espèces ne se présentent pas avec la même homogénéité que dans l'hypothèse précédente, aussi n'est-ce pas en présence d'un véritable revirement que nous nous trouvons, mais d'une évolution de tendances.

La question d'ailleurs ne se pose pas, en matière de sociétés illicites, dans les mêmes termes qu'à propos des contrats précédents, car ce sont des conventions à exécution successive. Il ne s'agit donc plus seulement d'une action en restitution, mais il faut décider aussi s'il sera possible d'exiger le partage du bénéfice social, et, éventuellement de régler la contribution aux dettes contractées par la société. La jurisprudence a longtemps hésité, et l'on peut citer jusqu'à la fin du xix^e siècle des arrêts dans les deux sens (1).

Le refus de liquidation de la société illicite conduisait pourtant dans bien des cas à de graves injustices « on va laisser tout l'actif aux mains du gérant ou de celui des associés qui avait su, momentanément, se l'approprier, et a profité de cette circonstance pour demander la nullité, tandis que, à l'inverse, on fera supporter tout le poids du passif par ceux qui, provisoirement, en avaient assumé la

(1) *Arrêts qui appliquent la règle nemo auditur* : Paris, 4 fév. 1854. S. 54. 2. 148 (exploitation en société d'un office) ; Req. 10 janv. 1865. S. 65. 1. 110 (société entre un huissier et un adjudicataire de créances) ; Amiens, 4 mai 1878. S. 79. 2. 44 (société ayant pour but d'organiser une circulation de valeurs fictives) ; Limoges, 18 août 1879. S. 1879. 2. 248 (société créée en vue de frauder le fisc et une caisse municipale) ; Req. 8 nov. 1880, rejet du pourvoi contre l'arrêt précédent. — *Arrêts qui écartent la maxime et par suite accueillent les actions* : Civ. 24 août 1841. S. 42. 1. 68 (exploitation en société d'une charge d'agent de change, c'est seulement une loi de 1862 qui a rendu licite ce genre d'opérations) ; Req. 15 déc. 1851. S. 52. 1. 21 (exploitation en société d'une charge d'agent de change) ; Civ. 13 mai 1862. S. 62. 1. 825, 2^e espèce (exploitation en société d'une charge d'agent de change avant la loi du 2 juill. 1862).

charge. Bref, les détenteurs des biens sociaux s'enrichiront injustement aux dépens des autres associés » (1).

Cette solution n'était même pas justifiée par des arguments juridiques sérieux. Sans doute, on invoquait, en faveur de la maxime, la tradition et la turpitude du demandeur, mais cela n'était guère décisif en face des inconvénients certains qu'elle présente, aussi la jurisprudence du *xx*^e siècle semble-t-elle avoir abandonné définitivement la règle *nemo auditur* en cette matière. Plusieurs arrêts importants, dont le dernier à l'allure d'une décision de principe sont venus écarter l'adage et faire place à la liquidation (2). C'est pourquoi nous avons cru pouvoir ériger cette solution en règle générale (3).

Ce nouvel échec de la maxime semble bien inspiré lui aussi, par des préoccupations tirées de l'intérêt public. Celui-ci exige la disparition des sociétés illicites. Le meilleur moyen d'y parvenir est une liquidation équitable qui enlève à certains associés l'espoir de s'enrichir en frustrant leurs complices, mais qui évite, en revanche, de leur faire considérer l'introduction d'une action en nullité, comme une solution résolument catastrophique.

Si telle est la raison de ce nouveau recul de l'adage, peut-être n'est-il pas absolu. Si certaines hypothèses se présentaient dans lesquelles la jurisprudence estime l'application de *nemo auditur* conforme à l'intérêt social, il se

(1) *Solus*, note au S. 1928.1.9.

(2) Lyon, 19 juillet 1898. S. 1901.2.257 (société de reconstitution de capitaux fonctionnant par voie de tirage au sort) ; Civ. 25 janv. 1921. D. 1924.1.134 (association formée pour la vente d'un remède secret) ; Civ. 13 juillet 1927. S. 1928.1.9, note *Solus* (société formée pour l'exploitation d'une marque qui est un remède secret).

(3) Cf. *supra*, effets à l'égard des tiers de la société annulée pour immoralité.

peut qu'elle continue à l'appliquer. Peut-être serait-ce le cas si une société se constituait en vue de l'exploitation d'une ou de plusieurs maisons de tolérance. En tout cas, ce ne serait là, qu'une exception. La règle est désormais la possibilité pour les associés de reprendre leurs apports et de demander le partage des bénéfices. Nouvel échec, par conséquent de la règle romaine.

Il est enfin un dernier domaine dans lequel le recul de la maxime, bien que moins net que dans les précédents, nous paraît important à signaler. C'est celui de l'expulsion du preneur d'une maison de tolérance. La question se présente de la manière suivante : le propriétaire d'un immeuble affecté à l'usage de maison de tolérance l'a donné à bail. Au bout d'un certain temps, il émet la prétention de reprendre sa maison. Pendant longtemps, les Cours d'appel, se fondant sur la maxime romaine, refusèrent d'accueillir son action (1). Une tendance inverse se dessine aujourd'hui. Sans doute, on ne saurait parler ici de revirement, puisqu'il n'existe pas, à notre connaissance, d'arrêt de cassation, mais les Cours d'appel tendent à introduire une distinction entre deux sortes d'hypothèses. Dans la première, celle où le demandeur invoque la nullité du contrat, l'action est repoussée. Il est certain que la règle *nemo auditur* peut, dans ce cas, trouver application puisque la nullité est due, pour partie à la turpitude du demandeur. En revanche, lorsque celui-ci, pour rentrer en possession de son immeuble, fonde seulement sa prétention sur son

(1) Caen, 29 juillet 1874. D. 75.2.127 ; Bourges, 13 juin 1889. D. 89. 5.329 ; Alger, 9 mai 1894. D. 95.2.21 ; Ordon. Prés. trib. civ. des Bouches-du-Rhône, 23 mai 1928. D. H. 1928.410 ; Paris, 1^{er} fév. 1930. D. H. 1930. 218.

titre de propriété, la turpitude n'est plus en jeu, et la maxime romaine ne saurait intervenir (1).

Nous venons d'envisager trois catégories d'espèces, et nous avons vu qu'à leur sujet, l'évolution de la jurisprudence s'est poursuivie à l'encontre de la maxime, semblant ainsi donner raison à ses détracteurs. A la suite de ces constatations on est inévitablement amené à se demander si l'évolution va continuer dans le même sens, et s'il faut s'attendre à voir la maxime disparaître de notre droit positif. Nous essayerons de répondre à cette question en faisant le point de la situation actuelle, et en recourant à une brève comparaison avec les droits étrangers.

b) Situation actuelle.

Il est devenu banal d'affirmer qu'une opposition existe aujourd'hui en notre matière, entre la Chambre civile et la Chambre des requêtes, la première appliquant toujours les conséquences intégrales de la nullité absolue, la seconde s'en tenant à l'application traditionnelle de *nemo auditur*. Que faut-il penser de cette affirmation ? Nous ne la croyons pas fondée. La plupart des auteurs l'ont déduite, en effet, de deux groupes d'arrêts. D'une part, deux décisions de la Chambre civile (2), d'autre part deux arrêts de requête (3) qui donnent en effet des solutions opposées sur la question de la répétition des sommes versées ; mais il suffit d'un rapide examen des décisions pour se convaincre qu'elles ne comportent pas une conclusion aussi générale.

Le premier arrêt invoqué, de la Chambre des requêtes,

(1) Nancy, 8 juin 1934. D. 1935.2.33, note VOIRIN.

(2) Ch. civ., 11 fév. 1884. S. 84.1.265 ; Civ. 25 janv. 1887. S. 87.1.224.

(3) Req. 4 juill. 1892. S. 92.1.514 ; Req. 1^{er} avril 1895. S. 96.1.289.

est relatif à un prêt fait par le garçon d'une salle de jeux à un joueur. Tous les attendus cherchent à établir que la dette ainsi contractée avait le caractère d'une dette de jeu. Cela fait, elle lui applique simplement l'art. 1965. On ne voit vraiment pas comment tirer de là une opposition avec la Chambre civile. Celle-ci, en présence de la même espèce, aurait certainement pris la même attitude.

Il est, en effet, impossible de choisir une autre solution sous peine de violer l'art. 1965 C. civ.

La seconde décision ne nous semble pas plus probante. Un emprunt avait été contracté, emprunt qui, dans la commune intention des parties était destiné à l'achat d'une maison de tolérance. L'arrêt, après avoir constaté qu'il y avait participation égale des deux parties à l'immoralité de la convention rejette la demande en répétition. Nous estimons qu'on ne peut encore découvrir là aucune opposition avec la Chambre civile et cela pour deux raisons. Nous verrons plus loin qu'elle applique elle-même la règle *nemo auditur* aux conventions qui ont pour objet des maisons de tolérance. D'autre part, en l'espèce, il s'agissait d'un contrat de prêt. Les sommes avaient été versées, le prêteur en demandait la restitution. Qui ne voit que si la Cour avait fait droit à sa demande, elle aurait ordonné l'exécution complète du contrat, puisqu'il est de la nature du prêt d'obliger à un remboursement. Or, jamais, aucune juridiction n'a accueilli une action en exécution d'une convention immorale.

Il nous paraît donc certain que les deux espèces envisagées, si elles avaient été transmises à la Chambre civile, auraient été l'objet de décisions identiques à celles formulées par la Chambre des requêtes.

En outre, les deux arrêts de la Chambre civile que l'on

oppose à ceux que nous venons d'analyser ne sont pas de nature à étayer la conclusion que l'on a cherché à en tirer : l'un était relatif à un traité par lequel un concessionnaire de chemin de fer cédait à un tiers, sans l'assentiment de l'autorité qui la lui avait octroyée, la concession qu'il avait obtenue, l'autre statue sur la cession d'une part dans un office ministériel. Trouver quelque caractère bizarre à ces décisions, c'est oublier que le principe en matière de contrats immoraux ou illicites, c'est la nullité absolue, de droit commun, avec toutes ses conséquences. La Chambre civile n'a fait qu'appliquer ce principe, comme elle le fait, ainsi d'ailleurs que la Chambre des requêtes chaque fois que quelque raison importante ne vient pas militer en faveur d'une solution différente.

Notre conclusion est donc très nette : aucune opposition n'existe entre les deux Chambres de la Cour suprême, au sujet de l'action en répétition. Mais, étant admis qu'elles sont d'accord, reste à préciser dans quel cas l'une et l'autre admettent la répétition, dans quels cas elles l'excluent. Etant donnée l'importance capitale que comportent en la matière les espèces, nous croyons devoir procéder à une énumération des deux catégories de cas.

I. CAS DANS LESQUELS LA MAXIME S'APPLIQUE (*donc exclusion de la répétition*). — La règle *nemo auditur* est appliquée d'abord dans toutes les conventions relatives au jeu, même lorsqu'il est pratiqué dans des conditions reconnues licites au point de vue administratif. Par conventions relatives au jeu, nous entendons non seulement les dettes de jeu proprement dites, mais les emprunts contractés en vue du jeu, mais aussi, les transactions relatives aux locaux dans lesquels on le pratique, ou aux autorisations émanant des

pouvoirs publics, et qui en reconnaissent la licéité (1).

Sous la réserve que nous avons indiquée à propos de l'expulsion du bailleur, la règle *nemo auditur* s'applique aussi à toutes les conventions relatives aux maisons de tolérance (2).

Les sommes versées pour participer à une opération de coulisse sont également irrecevables, à condition toutefois que le client ait su qu'il participait à une opération illicite (3).

Les dons faits à une concubine pour obtenir ses faveurs tombent également sous le coup de la règle romaine (4).

En ce qui concerne les conventions relatives aux remèdes secrets, l'unanimité n'existe pas. Plusieurs arrêts anciens, bien que n'étant pas très nets, semblent vouloir exclure la répétition (5). Par contre, une décision plus récente de la Chambre civile l'a expressément admise (6).

Les sommes versées en vue d'opérations de contrebande

(1) Cf. références contenues dans notre section relative à la notion civile en bonnes mœurs, et adde : Paris, 29 nov. 1858 et Bordeaux, 25 août 1858. S. 1859.2.81 ; Paris, 27 nov. 1859. S. 59.2.88 ; Civ. 1^{er} août 1859 et Req. 2 août 1859. S. 59.1.817 ; Pau, 31 janv. 1889. S. 89.2.52 ; Aix, 14 mars 1908. S. 1908.2.292.

(2) Les arrêts, en cette matière, sont très nombreux. Les principales décisions de la Cour de cass. sont : Civ. 15 déc. 1873. D. 74.1.222. S. 74.1.241, note DUBOIS ; Req. 1^{er} avril 1895. S. 96.1.289, note APPERT ; Req. 17 juillet 1905. D. 1906.1.72 ; Ch. civ. 13 nov. 1938. Gaz. Pal., 26 janv. 1939.

(3) Req. 15 fév. 1877. D. 77.1.520 ; Req. 20 déc. 1905. D. 1907.1.285 et 6 janvier 1913. D. 1914.1.13.

(4) Paris, 1^{er} août 1903. Gaz. Pal. 1903.2.611. D. 1904.2.345 ; Civ. Seine, 26 juillet 1904. G. P. 1904.2.355 ; Paris, 8 juill. 1925. S. 1926.2.91 ; Cass. 17 avr. 1923. D. 1923.1.172.

(5) Cass. 20 mars 1889. P. F. 89.1.390 ; Lyon, 8 juill. 1893. Loi 29 déc. 1893 ; Comm. Seine, 12 juin 1889. Loi 23 juillet 1889 ; Comm. Seine, 18 nov. 1897. G. P. 98.1.274 (sol. implicite) ; Seine, 11 avril 1905. G. P. 1905.2.105.

(6) Civ. 25 janv. 1921. D. 1924.1.134. S. 1922.1.164.

tombent également sous le refus de répétition (1). De même, les fonds versés pour corrompre un fonctionnaire français ou étranger (2).

Nous croyons aussi que les arrêts s'en tiennent fermement à la répétition des sommes que le tiré complaisant se trouve obligé de payer à un tiers porteur de bonne foi (3). Les auteurs qui affirment le contraire se basent sur un arrêt unique, qui, en réalité, a accordé au tiré complaisant non l'action en répétition, mais l'action de in rem verso (4) dont les résultats sont loin d'être identiques.

Ne peut, non plus, être répété, ce qui a été versé pour monter une organisation de fraude fiscale ou pour y participer (5). Ni les sommes versées pour la cession d'une fonction publique non cessible (6).

Il en est de même pour ce qui a été versé en exécution d'un contrat de « claque » déclaré nul par la suite (7).

Il a été jugé, — c'est une espèce un peu particulière, — que la négociation de promesses d'actions de chemin de fer

(1) Paris, 7 mars 1845 D. 46.2.376.

(2) Req. 15 mars 1911. Gaz. Pal. 1911.1.456. S. 1911.1.447 ; Civ. 5 déc. 1911. D. 1913.1.120. S. 1913.1.497, note DEMOGUE. On trouve un arrêt de la Cour de Paris. S. 1905.2.206 qui admet la répétition, mais uniquement parce que l'action était intentée au nom de la masse des créanciers. Ceux-ci n'ayant pas participé à l'immoralité, l'exception de turpitude ne pouvait leur être opposée.

(3) Req. 8 juin 1891. D. 92.1.336 et 27 juillet 1897. D. 97.1.607 ; Comm. Le Havre, 11 mai 1896 et 8 juin 1896. D. 98.2.521 ; Grenoble, 21 mai 1901. S. 1903.2.214 ; Bordeaux, 10 mars 1903. S. 1903.2.243 ; Paris, 9 août 1904. G. P. 1905.1.419 ; Lyon, 6 juin 1906. S. 1906.2.264.

(4) Req. 21 mars 1910. S. 1913.1.297, note NAQUET.

(5) Douai, 11 nov. 1907. S. 1907.2.308 ; Aix, 22 juin 1878. S. 1879.2.19.

(6) Paris, 18 nov. 1837. S. 1838.2.65. Contra : Paris, 23 avril 1814. Sirey chron.

(7) Seine, 10 juill. 1839. S. 1841.1.623 ; Paris, 8 août 1853. S. 53.2.499.

tombait aussi sous le coup de la maxime. Le cessionnaire qui aurait versé son prix en exécution de cette curieuse convention ne pourrait donc le recouvrer (1).

La même solution est adoptée à l'encontre de celui qui s'est rendu complice d'une contrefaçon ou a acheté en connaissance de cause des objets contrefaits (2).

L'action en répétition est encore refusée au cessionnaire d'une créance fondée sur un pacte de quota dotis, et qui voit ensuite sa créance annulée (3). Elle l'est également à l'acheteur de marchandises volées s'il a agi sciemment (4).

Après annulation d'un bail à loyer payable en dollars, le locataire, à la demande de qui le prix avait été fixé en monnaie étrangère ne peut pas demander le remboursement de la différence entre les loyers payés en dollars, et l'indemnité d'occupation fixée par experts (5).

Sont encore insusceptibles de répétition les sommes versées dans un but de corruption électorale (6).

Avant la loi du 2 juillet 1862 qui autorise les agents de change à recourir pour l'achat de leur charge à des bailleurs de fonds, la cession d'une part dans une charge d'agent de change était une convention nulle, et les sommes versées par le cessionnaire ne pouvaient être répétées (7).

2. CAS DE NON APPLICATION DE LA RÈGLE NEMO AUDITUR (*donc répétition admise*). — Les conséquences normales de

(1) Paris, 5 déc. 1849. S. 1850.2.661.

(2) Colmar, 28 janv. 1869. S. 69.2.208 ; Req. 5 mars 1872. S. 72.1.134.

(3) Paris, 29 juin 1891. Gaz. Pal. 91.2.523.

(4) Comm. Saint-Etienne, 13 juin 1933. Gaz. Pal. 1933.2.571.

(5) Paris, 10 déc. 1930. Gaz. Pal. 1931.1.136.

(6) Tarbes, 14 mars 1899. D. 1904.2.201. S. 1900.2.219.

(7) Req. 16 août 1864. S. 1865.1.23.

la nullité absolue trouvent à s'appliquer dans les cas suivants :

Sommes versées pour obtenir l'arrêt des poursuites pénales (1).

Sommes payées en sus du prix ostensible dans une vente d'office ministériel (2), ou même dans une vente d'immeubles ou de fonds de commerce (3).

De même, ce qui a été versé pour l'obtention d'un courtage matrimonial peut être répété (4); et aussi les sommes prêtées en exécution d'une convention « boule de neige » (5).

Rappelons en outre que la règle *nemo auditur*, en principe ne s'applique plus aujourd'hui aux sociétés dont l'objet est contraire aux bonnes mœurs ou contraire à d'autres principes d'ordre public (6), mais il n'en a pas toujours été ainsi (7).

(1) Bourgoïn, 4 juill. 1882. Gaz. Pal. 1883.2.40. Voy. aussi G. Trib. 30 avr. 1924.

(2) Paris, 8 déc. 1868. S. 1869.2.182 ; Civ. 31 juill. 1844. S. 44.1.584 ; Req. 1^{er} août 1844, même réf. Civ. 26 mai 1856. D. 56.1.377. S. 56.1.587 ; Req. 5 nov. 1856. D. 56.1.397. S. 56.1.916 ; Civ. 13 juill. 1885, D. 86.1.263. S. 86.1.205 ; Nancy, 27 janv. 1894. D. 95.2.93. S. 94.2.69.

(3) Req. 21 avril 1928. S. 1928.1.233. G. P. 1928.1.731. S. 1928.1.233, note Roux ; Besançon, 10 fév. 1926. G. P. 1929.1.449 ; Civ. Belfort, D. 1925.2.70 ; Lyon, G. P. 1925.2.487 ; Cass. civ. G. P. 1930.1.21 ; Req. 10 déc. 1930. D. H. 1931.17. S. 1931.1.103 ; Cass. Req. 26 août 1926. D. H. 1926.280. Contra : Tulle, 19 juill. 1924. G. P. 1924.2.362 ; Digne, 23 juill. 1925. G. Trib., 28 janv. 1926.

(4) Besançon, 6 mars 1895. D. 95.2.33.

(5) Seine, 19 nov. 1901. G. P. 1902.1.289.

(6) Cf. réf. données supra et adde : Civ. 15 janv. 1855. S. 55.1.258. D. 55.1.5 ; Civ. 25 janv. 1887. D. 87.1.465, note Poncet. S. 87.1.224 ; Req. 11 déc. 1888. D. 90.1.342. S. 89.1.80.

(7) En particulier : Paris, 4 fév. 1854. S. 1854.2.148 (société pour l'exploitation d'un office d'huissier) ; Req. 10 janv. 1865. S. 65.1.110 (société entre un huissier et un adjudicataire de créance).

La répétition peut encore être exercée par celui à qui une concession de chemin de fer a été cédée sans l'assentiment de l'autorité compétente, par le concessionnaire originaire (1).

Les sommes qui ont été versées pour obtenir d'un individu qu'il s'abstienne de participer à une adjudication peuvent de même être répétées (2).

La règle *nemo auditur* a encore été écartée dans une espèce assez curieuse : une convention par laquelle une sœur s'engageait à payer une somme d'argent à son frère, l'enfant préféré de la mère de famille, pour qu'il décide celle-ci à faire entre eux de son vivant un partage égal de tous ses biens (3).

Même solution pour l'association illicite formée entre un notaire et un particulier pour l'acquisition en gros et la revente au détail d'immeubles (4).

Peuvent encore être répétées les sommes versées pour la perpétration d'un délit (5).

De même, le prix d'achat d'une part dans un office ministériel (en dehors des cas prévus par la loi de 1862) (6). Et un arrêt a admis, mais cette solution nous semble contestable, que les sommes versées par un jeune homme à un commerçant en vue d'obtenir de celui-ci qu'il fasse

(1) Civ. 11 fév. 1884. S. 84.1.265. D. 85.1.99.

(2) Limoges, 16 avril 1845. S. 46.2.465 ; Paris, 12 juin 1912. G. P. 1912.2.33.

(3) Poitiers, 28 déc. 1896. Gaz. Pal. 97.1.114. P. F. 98.2.1, note CHARMONT.

(4) Dijon, 25 juin 1884 et Civ. 18 mai 1888. D. 88.1.487. S. 89.1.12.

(5) Limoges, 16 avril 1845. S. 46.2.465. D. 45.2.191.

(6) Req. 26 février 1851. S. 51.1.327 ; Civ. 25 janv. 1887. S. 87.1.224 ; Req. 19 juillet 1910. S. 1911.1.566.

des fournitures à une femme de mauvaise vie pouvaient être répétées (1).

Même solution en ce qui concerne les sommes versées par le failli pour obtenir d'un de ses créanciers un traité particulier, mais cette solution est imposée par l'art. 598 C. com.

Tels sont les principaux cas ayant fait l'objet d'un examen par la jurisprudence. Faut-il se résoudre à n'avoir, au sujet de cette question qu'une simple casuistique, une série de précédents auxquels, comme en droit anglais, il faudrait de gré ou de force ramener les espèces que l'avenir pourra présenter. La plupart des auteurs ne l'ont pas pensé. Diverses tentatives ont été faites pour dégager de cet amas d'arrêt un critérium d'application.

Signalons simplement pour mémoire la discrimination proposée par Larombière (2) et qui est fondée sur la dignité de la magistrature. Certaines causes seraient trop indignes pour avoir la faveur d'être écoutées par les magistrats — à celles-là s'applique la règle *nemo auditur* — d'autres, tout en étant illicites, ne le seraient pas à un degré suffisant pour être écartées du prétoire. Cette théorie, dont le seul énoncé suffit à souligner le caractère désuet n'est plus aujourd'hui proposée. Il suffit de se reporter à l'énumération d'espèces que nous avons faite pour s'apercevoir qu'elle ne cadre pas avec la réalité.

Un autre critérium se fonde sur la moralité de la demande : il faudrait distinguer les cas dans lesquels l'immoralité existe de part et d'autre, et où la maxime peut s'appliquer,

(1) Gaz. Trib. Midi, 6 mars 1887.

(2) LAROMBIÈRE, *Traité des obligations*, t. I, p. 333.

et ceux où l'accipiens seul est turpis, cas dans lesquels, évidemment, la répétition serait admise (1).

Adopter ce point de vue, c'est à notre sens, commettre une confusion entre critérium et conditions d'applications. Sans doute, la règle ne peut être opposée qu'à la demande formée par celui qui a participé à l'illicéité de l'acte. On ne reproche pas à un demandeur la turpitude dont s'est rendu coupable son adversaire, mais la question qui se pose est précisément de savoir quand le demandeur à l'action, c'est-à-dire le « dans » étant turpis, on refusera d'accueillir son action.

La réponse fournie par la plupart des auteurs modernes comporte une distinction entre les obligations immorales et les obligations illicites (on entend par là obligations contraires aux règles d'ordre public autres que les règles morales).

Ce critérium, croyons-nous, n'est pas à retenir. D'une part, il n'est pas sûr qu'il y ait, pour la jurisprudence, une distinction très nette entre l'illicite, ainsi entendu, et l'immoral. La plupart des arrêts qui annulent une convention en vertu des art. 6 ou 1131 parlent à la fois de « cause illicite et immorale » ou de « cause contraire à la loi, à l'ordre public, et aux bonnes mœurs ». Si même la ligne de démarcation pouvait être tracée, elle ne vaudrait pas comme frontière entre le domaine de *nemo auditur* et celui de la répétition admise. Qu'on se reporte, en effet à l'énumération que nous avons donnée, il est facile d'y voir que la répétition est admise à la suite de bien des opérations qualifiées purement immorales, tandis qu'elle est refusée à l'occasion de contrats qui pourraient être quali-

(1) Ce critérium semble adopté par NAQUET. S. 1913.1.297.

fiés purement illicites. C'est ainsi que le prix du courtage matrimonial peut être répété. C'est ainsi que la répétition a été admise de la somme versée par une sœur à son frère pour qu'il use de son influence vis-à-vis de leur mère. Au contraire, *nemo auditur* fait obstacle au remboursement des sommes versées à un coulissier, et des sommes versées pour participer à des opérations de contrebande. Ce critérium nous semble donc en défaut. En outre, pour l'admettre, il faudrait sous-entendre, puisque la jurisprudence a varié sur ce sujet, qu'elle a aussi varié dans sa conception de l'immoral. Nous avons déjà précisé que telle n'était pas notre opinion.

Il faut, croyons-nous, s'en rapporter à un critérium plus pratique. La jurisprudence, en cette matière s'est inspirée au plus haut point de l'intérêt social. Certains auteurs (1) ont pensé pouvoir la résumer en distinguant les conventions dans lesquelles le paiement lui-même est illicite, et celles dans lesquelles c'est l'acte payé qui revêt ce caractère. Aux premières, on appliquera la règle de la répétition afin de détruire le paiement contraire à l'ordre social. Aux autres, l'acte payé étant un fait sur lequel il est impossible de revenir, le paiement étant, par lui-même indifférent, on pourra appliquer la règle romaine.

Nous croyons ce critérium un peu trop absolu. S'il cadre bien avec une série d'hypothèses importantes comme les contre lettres dans les cessions d'office et les effets de complaisance (dans lesquels, nous le rappelons, la répétition n'est en principe pas admise), elle n'explique plus la solution fournie à l'occasion des conventions constituant

(1) MEYNIAL, note au S. 90.2.97.

une entrave à la liberté des enchères (répétition) alors que certainement c'est l'acte payé, ou plutôt l'abstention qui est préjudiciable. N'en est-il pas de même en matière de sociétés illicites ?

On oublie trop, en ces matières, que le principe dominant est celui de la nullité absolue des conventions illicites et immorales. Qu'en principe, donc, la répétition doit être admise. La règle *nemo auditur* est une exception qui ne peut être justifiée que par l'intérêt social, c'est-à-dire le caractère préventif qu'elle comporte. Le but de la jurisprudence est d'éliminer, dans la mesure du possible, les conventions immorales. En principe, ce résultat doit être atteint d'après les conséquences normales de l'art. 1131. Lorsqu'elle croit aboutir à des résultats plus satisfaisants en recourant au refus de répétition, elle fait exception à la règle, et applique cette sorte de pénalité civile.

Prenons quelques exemples : nous avons vu, en étudiant l'évolution de la jurisprudence relative aux sociétés immorales à quelles injustices pourrait conduire le système du *statu quo* : il est à craindre que la possibilité de ces trac-tations ne soit pas, aux yeux d'associés malhonnêtes, l'un des moindres attraits de la combinaison, aussi, le droit commun est-il certainement préférable. Par contre, le tiré d'un effet de complaisance n'aurait rien à craindre des solutions classiques puisqu'elles lui permettraient de rentrer dans ses fonds. Les adopter serait, en quelque sorte, favoriser la circulation des traites fictives. Le refus de répétition est une épée de Damoclès d'un genre nouveau, susceptible de faire réfléchir le commerçant sollicité pour une signature de complaisance.

Nous pensons donc que le critérium d'application de la maxime est essentiellement pratique et utilitaire. C'est

précisément ce qui en fait la valeur. Il est donc faux, à notre sens de dire que la règle est en voie de disparition. Elle se maintiendra dans la mesure où elle est utile. La preuve, d'ailleurs, qu'elle n'est pas sans avantages est la place que lui ont faite divers droits étrangers.

C'est d'abord l'article 817 B. G. B. « Lorsque le but d'une prestation était établi de telle sorte que le bénéficiaire se soit mis par son acceptation en contravention avec une défense légale ou avec les bonnes mœurs, le bénéficiaire est obligé à restitution. La restitution est exclue lorsqu'une pareille contravention tombe d'une façon identique à la charge de l'auteur de la prestation, à moins que la prestation ne consistât à contracter un engagement ; la prestation fournie pour l'exécution d'un pareil engagement ne peut être répétée ».

Ce texte, consécration légale de la maxime romaine, en définit bien la condition d'application : la restitution n'est exclue que si l'auteur de la prestation s'est mis en contravention avec la loi ou les bonnes mœurs. Par ailleurs, le texte précise formellement que la répétition est exclue, même en cas de contravention à une défense légale. On ne saurait donc soutenir ici que l'application de la règle romaine soit limitée aux conventions immorales.

Il y a lieu de remarquer en outre que la règle n'a pas été recueillie en droit allemand sous la même forme qu'en France. On l'exprime en ces termes « *In pari causa turpitudinis, melior est causa possidentis* ». Cela tient à ce que, pour parvenir dans notre droit moderne, elle est passée par l'intermédiaire des canonistes qui ont mis l'accent sur son aspect moral. Au contraire, les juristes allemands l'ont pris directement dans le droit romain, ou son application était peut-être plus étroite, inspirée en partie d'une

idée de protection envers la possession. Le Reichsgericht (1), cependant, reconnaît que s'il y a quelques raisons de limiter l'application de la règle *In pari causa*, celles qui s'y opposent et exigent qu'elle soit considérée comme un principe général, valable dans toute la matière de l'enrichissement injuste sont plus fortes encore. L'on peut résumer l'attitude de la jurisprudence par la formule suivante extraite d'un arrêt. « Cette disposition constitue une règle applicable à toutes les actions en enrichissement » (2).

Voici, par exemple, à quelles espèces il a été fait application du principe (3). La répétition est exclue à l'égard de ce qu'on a payé à une femme pour obtenir ses faveurs (4) ; à l'égard de ce qu'on a prêté en vertu d'un contrat de société ayant pour but l'exploitation d'une maison de tolérance (5), pour la location (6) et pour l'achat (7), d'une maison de ce genre ; pour l'achat de certaines substances médicales (8) ; elle est encore exclue à l'égard de ce qu'on a payé en vue d'un trafic d'influence (9), etc..

Une règle analogue à celle-ci était consacrée par le Code autrichien (art 1174), et, par le Code fédéral suisse des obligations (art 66). La jurisprudence belge l'admet également (10).

Mais ce ne sont pas seulement les droits latins et germa-

(1) R. G. E., 63, p. 346.

(2) R. G. E., 111, p. 151.

(3) Exemples empruntés à l'ouvrage de OPREA, thèse Paris, 1935 : *Essai sur la notion de bonnes mœurs dans les obligations en droit civil allemand*.

(4) R. G. E., 111, p. 154.

(5) Seuff. Arch., 51, n° 259.

(6) R. G. E., 38, p. 197.

(7) O. L. G. Hamburg, 20, p. 219.

(8) R. G. Str., 44, p. 239.

(9) R. G. E., 86, p. 98.

(10) Cass. belge, 4 juin 1903. Pas. Belge, 1903.1.276.

niques qui sont restés, dans une mesure plus ou moins large fidèles à cette règle traditionnelle. Le droit anglo-saxon lui fait aussi sa place : si un contrat nul pour illicéité a néanmoins été exécuté par l'une des parties ou toutes deux, le principe général est qu'il n'existe pas de droit à la répétition. A ce point de vue, le contrat nul pour illicéité diffère essentiellement des contrats nuls pour toute autre raison. En notre matière, les droits des parties sont gouvernés par une règle spéciale ainsi formulée : « *Ex turpi causa non oritur actio* ». Un contrat illicite est une « *turpis causa* » au sens de la maxime. Celle-ci d'ailleurs ne signifie pas seulement que la partie à un contrat illicite ne peut pas obtenir d'action, pour son exécution, car ceci est également vrai de tous les autres contrats nuls pour quelque raison. La maxime exprime une règle spéciale applicable seulement au cas d'illicéité : elle signifie que nul ne peut fonder un droit ou un recours sur le fait qu'il a été partie à un contrat illicite. En d'autres termes, l'illicéité qui est une exception valable à opposer par le défendeur ne peut être alléguée par un demandeur. Un plaideur ne peut retirer aucun droit de sa propre turpitude, alors qu'en revanche, un défendeur sera admis à faire valoir à l'encontre d'une demande dirigée contre lui, l'illicéité de l'acte sur lequel cette demande est fondée, même s'il a été lui-même partie à cet acte. Pour cette raison, la maxime est parfois exprimée sous la forme suivante : « *In pari delicto, potior est conditio defendentis* ».

Ainsi, le droit anglais fait aussi une place au refus d'action en répétition. Il la fait même bien plus large que le droit français puisqu'elle est, chez lui, le principe en matière de contrats illicites. Il est juste d'ailleurs d'ajouter que ce principe comporte quelques exceptions : la pre-

mière n'est qu'apparente, elle se rapporte au cas où, pour obtenir restitution, la partie qui la demande n'a pas à s'appuyer sur l'illicéité du contrat. La seconde est admise au cas où il n'y a pas « par delictum ». La faute de l'une des parties dépasse tellement celle de l'autre qu'il paraît juste d'accorder à celle-ci une sorte de *restitutio in integrum*. Si le dessein illicite qui formait le but du contrat n'a pas encore pu être atteint, une troisième exception existe, car l'ordre public sera mieux satisfait si on laisse place au repentir d'une des parties avant qu'il ne soit trop tard. Il est admis enfin, et c'est là une dernière exception, que dans les rapports se commettant à préposé, la maxime ne saurait jouer, en ce sens que le préposé doit compte à son commettant de toute somme ou valeur qui lui a été remise, quelle que soit la nature de la transaction pour laquelle il était commis.

Ces exceptions ne sont pas, en réalité, d'application bien large, et le principe conserve un très vaste domaine. Ces exemples nous paraissent concluants. Si les plus importantes législations étrangères ont précieusement conservé l'adage romain, c'est qu'il répond vraiment à un besoin de la pratique. Sans doute, on peut penser que cette sorte de peine civile, cette interdiction d'accès au prétoire infligée à certaines catégories de plaideurs est un anachronisme. Qu'importe, si cet anachronisme conduit à des résultats heureux. Retenons, en tous cas, que la règle *nemo auditur* fait partie du fonds commun à tous les droits, qu'il ne faut pas s'attendre, par conséquent à la voir disparaître du nôtre.

2^o Portée de la règle dans les cas où elle s'applique.

Lorsqu'elle est appliquée, quelle est la portée de la règle et quelles sont les modifications qu'elle fait subir au droit commun ? Pour en rendre compte, il faut étudier deux questions : quelles actions sont refusées par application de la maxime, ensuite à quelles personnes ce refus est-il appliqué ?

a) Les actions refusées.

Au nom de la règle *nemo auditur* les tribunaux refusent d'accueillir toutes actions qui trouvent leur soutien juridique dans l'illicéité. La question se pose, en général, à propos de la répétition, mais non pas toujours et seulement à propos d'elle. L'impossibilité d'agir s'étend en particulier aux actions qui tendent à procurer l'équivalent de la répétition : actions en dommages-intérêts, demandes soulevées au sujet de toute autre nullité et certains arrêts, nous l'avons vu, ont autrefois opposé cette impossibilité à l'action en partage des bénéfices d'une société immorale.

Ce principe est toutefois limité par quelques exceptions. D'abord, le refus d'action est reculé jusqu'à ce que l'immoralité soit vraiment consommée. Elle n'existe qu'après que l'exécution a eu lieu. Il est, en effet d'intérêt social de permettre à la partie repentante d'échapper à l'exécution, même si elle doit, pour cela, invoquer sa propre immoralité : c'est par application de cette idée que l'on admet le débiteur à demander la nullité des billets souscrits, pour n'avoir pas à les payer à leur détenteur. En outre, on lui permet aussi, et sur le même fondement de réclamer la restitution des billets en question. Enfin, même si le paiement a été effectué, s'il apparaît que le débiteur ne l'a

pas fait en pleine liberté, il peut en demander la répétition.

Si importantes que soient ces exceptions, elles ne doivent pas effacer ce principe que, dans son domaine d'application, la règle *nemo auditur* fait obstacle à l'admission de toute action fondée sur le contrat illicite.

Un exemple important de cette impossibilité d'agir est celui qui se trouve consacré dans l'adage «*fraus omnia corrumpit*». La jurisprudence admet, en vertu de cette maxime, que les règles du droit commun sont écartées quand il s'agit de fraude, afin de parvenir à démasquer celle-ci ; et afin de supprimer tout effet nuisible à l'acte qui la contient. Nous avons indiqué que la jurisprudence refuse de tenir compte d'une transcription hâtive opérée pour frustrer le premier acquéreur d'un immeuble, et cela nous paraît être une application du principe qu'on ne peut fonder une action sur un acte illicite. A vrai dire, la règle *fraus omnia corrumpit* conduit parfois au delà du refus d'action, car celle-ci n'est pas toujours une sanction suffisante. C'est ainsi que l'art. 1353 édicte à l'égard du *fraudator* une punition bien plus énergique : ce n'est plus une action, mais un droit qui lui est enlevé : celui de se prévaloir du droit commun des preuves.

b) Personnes à qui les actions sont refusées.

L'exception de turpitude n'est-elle opposable qu'au seul contractant coupable, ou peut-elle être invoquée à l'encontre de ses ayants cause ? La première solution semblerait commandée par cette considération qu'étant donné son fondement, l'impossibilité d'agir ne saurait être qu'une fin de non-recevoir personnelle, la turpitude ne saurait

être imputée qu'à son seul auteur, si elle consiste en une intention immorale.

Par contre, on pourrait faire valoir que l'ayant-cause ne saurait être titulaire de plus de droits que son auteur. Si celui-ci a transmis un droit paralysable par une exception, on ne voit pas d'où viendrait à l'ayant-cause un droit pur et simple.

Les solutions de la jurisprudence changent selon la catégorie d'ayant-cause envisagée : Les héritiers du contractant turpis, ayants-cause à titre universel, ne peuvent échapper à l'application de l'exception. Ce n'est pas, en effet, un droit propre qu'ils exercent, mais celui qu'ils ont trouvé dans la succession. La turpitude dont il était entaché peut donc leur être opposée (1).

La même solution est admise semble-t-il, à l'égard des ayants-cause à titre particulier : le cessionnaire d'une créance illicite s'est vu refuser la restitution du prix qu'il avait payé pour l'acquisition de celle-ci (2).

Au contraire, la jurisprudence est beaucoup plus favorable aux créanciers. Ceux-ci, à condition qu'ils n'agissent pas en vertu de l'art. 1166, mais en leur nom propre et en qualité de créanciers, soit individuellement, soit par l'intermédiaire d'un représentant, tel le syndic de faillite, sont prémunis contre l'exception de turpitude (3).

(1) Cf. Chambéry, 6 mai 1861. S. 61.2.653 et Req. 1^{er} avr. 1895. D. 95.1.263.

(2) Lure, 18 juillet 1894. D. 95.2.524. Rappelons qu'en matière d'effets de complaisance la solution est différente. Les tiers porteurs ne peuvent se voir opposer la nullité de l'effet que s'ils sont de mauvaise foi. Cette solution est imposée par la nature particulière de l'effet de commerce et les nécessités de sa circulation rapide.

(3) Toulouse, 21 juillet 1870, et, sur pourvoi : Requête, 2 avril 1872. S. 73.1.217 ; Seine, 26 juillet 1894. P. F. 1895.2.282 ; Seine, 28 juin 1902. S. 1905.2.206. G. P. 1904.1.723.

Quelles sont les raisons de cette différence de traitement entre ayants-cause ? Les arrêts ne sont pas très explicites. Ils se contentent de déclarer que les créanciers « n'ont pas participé à l'engagement dont s'agit » qu'ils sont « personnellement étrangers à la cause qui a vicié la convention », ou « complètement étrangers aux faits accomplis ». Justification un peu sommaire : toutes ces considérations seraient également valables en ce qui concerne les héritiers et les ayant-cause à titre particulier. Nous croyons qu'il faut voir dans cette solution une mesure de faveur à l'égard d'une catégorie d'ayants-cause dont la sécurité importe grandement au crédit.

Cette faveur s'accorderait, à la rigueur, avec la fiction de représentation du créancier par le débiteur. Les actes de ce dernier sont, en principe, opposables au premier, car, du fait de son droit de gage général, il est lié à la bonne, comme à la mauvaise fortune de son débiteur. On peut admettre pourtant que cette représentation cesse lorsque le débiteur se rend coupable d'un acte illicite, car en agissant ainsi, il va à l'encontre de la volonté du créancier.

Il va de soi que l'impossibilité d'agir s'appliquerait cependant aux créanciers, s'ils étaient coupables d'une turpitude personnelle, mais il ne suffirait pas, pour constituer celle-ci qu'ils aient eu une simple connaissance des agissements de leur débiteur.

SECTION II. — Intervention de l'enrichissement sans cause.

A la lecture des développements qui précèdent, une objection a pu se présenter : l'application de la règle *nemo auditur* ne conduit-elle pas à consacrer parfois un

enrichissement injuste au profit du défendeur à l'action refusée ?

L'objection mérite qu'on s'y arrête, mais, à vrai dire, la question se pose d'une manière plus large, si large que certains auteurs auraient voulu faire de l'action de in rem verso l'une des branches du faisceau de règles qui concourent à la sanction du contrat immoral (1).

L'hypothèse à envisager est la suivante : une convention contraire aux bonnes mœurs ayant été conclue, l'une des parties fournit sa prestation. L'autre la refuse. L'exécution ne peut être réclamée en justice puisque le contrat est nul. Celle des parties qui a exécuté peut-elle répéter sa prestation ? En principe, oui, c'est une des conséquences de la nullité absolue, mais ce principe comporte deux exceptions : l'action en répétition se heurtera dans certains cas, et nous avons vu lesquels, à la règle *nemo auditur*. En outre, la répétition pourra être en fait, devenue impossible, soit que la prestation ait été fournie en industrie, ou en jouissance, soit encore qu'elle ait porté sur des choses consommables et qui ont été consommées.

Dans tous ces cas, le statu quo aboutit à consacrer au profit de la partie la plus malhonnête, un enrichissement aux dépens de son cocontractant. Cet enrichissement peut-il être compensé au moyen de l'action de in rem verso ?

Si c'est un simple obstacle de fait qui interdit la répétition, obstacle dû, par exemple, à la nature des choses, le contrat étant nul et la règle *nemo auditur* ne devant pas s'appliquer, il nous paraît certain que l'action de in rem

(1) Voy. notam. : SAVATIER, *Des effets et de la sanction du devoir moral*. Thèse Poitiers, 1916, p. 372 et s.

verso devrait être admise. Toutes les conditions se trouvent réunies, appauvrissement du demandeur, il a effectué une prestation, enrichissement du défendeur et lien de cause à effet entre ces deux phénomènes ; puisque la prestation a été fournie au profit du défendeur, absence de cause, puisque les règles de la nullité conduiraient normalement à la répétition.

Cette hypothèse, pourtant, ne mérite guère qu'on s'y arrête. D'une part, elle ne comporte pas un intérêt pratique très grand, car, dans bien des cas où elle pourrait trouver l'occasion de jouer, les tribunaux préfèrent recourir à d'autres moyens que celui qu'ils pourraient tirer de l'action de *in rem verso*. Nous avons vu que la location d'un immeuble à usage de maison de tolérance donnait lieu plutôt à l'application des règles concernant le possesseur de mauvaise foi. Les preuves à fournir se trouvent par là simplifiées, car il ne faut pas oublier qu'une des conditions de l'action de *in rem verso*, c'est que le demandeur puisse prouver chez son adversaire un enrichissement existant au jour de l'action. Au cas où celle-ci est admise, remarquons qu'elle ne conduit pas à l'exécution du contrat nul. Sans doute, l'hypothèse est très voisine. La différence vient de ce que la prestation mise à la charge du défendeur ne sera pas celle prévue au contrat, mais la moindre des deux sommes : appauvrissement, enrichissement.

Remarquons en outre que nous nous trouvons alors dans une hypothèse qui cadre particulièrement bien avec le fondement de l'action en enrichissement. Les auteurs qui ont étudié cette question s'accordent, en effet, pour décider qu'elle repose sur une base d'équité. Les uns, et ce serait notre cas, parlent de morale, les autres, de droit naturel. C'est toujours la préoccupation de rendre à chacun son dû.

Or, il est certain que dans le cas que nous envisageons, et puisque le droit n'a pas cru devoir, par l'adoption de la règle *nemo auditur* mettre obstacle à la répétition, l'équité impose le rétablissement de l'équilibre entre les patrimoines.

Toute différente est la situation lorsque la répétition n'est plus entravée seulement par un obstacle de fait, mais par un obstacle de droit. A priori, il semble que la question pourrait être résolue d'un mot : l'action de *in rem verso* ne pourra être alors admise, car elle est subsidiaire. Pourtant c'est dans des hypothèses de ce genre que les arrêts en nombre de plus en plus grand admettent le fonctionnement de l'action. Il nous faut donc examiner de plus près la valeur de la solution ainsi fournie.

Les seules décisions importantes faisant place à notre solution se rencontrent en matière d'effets de complaisance. La plus célèbre est celle rendue par la Chambre des requêtes le 21 mars 1910 (1). Une société anonyme ayant, par l'intermédiaire du directeur d'une de ses succursales, émis des traites de cavalerie, le tiré complaisant avait dû les payer à l'échéance au tiers porteur qui se trouvait être de bonne foi. Il se retourna alors contre le tireur et lui en demanda le remboursement. La Cour de cassation fit droit à sa demande « Attendu qu'il est constaté par l'arrêt attaqué, que bien que les traites litigieuses eussent le caractère d'effets, de complaisance, et que l'obligation en résultant fut sans cause entre le tireur et le tiré, leur négociation n'en a pas moins profité au tireur... »

(1) Req. 21 mars 1910. D. 1912.1.284, note LACOUR. S. 1913.1.297, note NAQUET. Gaz. Pal. 1910.1.540. Voir, dans le même sens : Amiens, 9 janv. 1903. S. 1903.2.241 ; Riom, 3 mai 1932. D. 1934.2.84, note PIC.

L'arrêt ne fait nullement appel aux principes du droit commun. Ce n'est pas d'une répétition qu'il s'agit, puisque l'action est admise non pas à cause de la nullité des effets, mais « bien que » ceux-ci aient le caractère d'effets fictifs. Nous savons du reste que le droit commun conduirait à écarter, en cette matière la répétition. Celle-ci étant exclue, sur quoi fonder le remboursement ? La négociation a « profité au tireur » dit l'arrêt. Il s'agit donc de rembourser l'enrichissement sans cause.

Cette solution semble être désormais de règle à l'occasion des effets de complaisance. Quelle en est la valeur ? Elle se heurte incontestablement à de nombreuses objections, et nous paraît en désaccord avec le fondement de l'action de in rem verso ainsi qu'avec sa technique.

Contradiction avec son fondement, d'abord car l'action dont il s'agit n'est rien d'autre que la mise en œuvre d'une idée de justice, et, que viendrait faire ici l'équité ? Sans doute, ce n'est pas nous qui nierons l'influence que doit exercer la morale sur l'ordre juridique ; mais on ne peut y faire appel qu'en l'absence de toute règle de droit. Or, ici, nous sommes seulement en présence d'un conflit entre deux règles légales ; les conséquences normales de la nullité absolue qui comportent la répétition, ou une exception qui serait la règle *nemo auditur*. Il n'y a donc pas place pour un appel à la justice. En fait, la solution jurisprudentielle constitue un détour curieux pour aboutir à une solution simple : l'arrêt de 1910 peut en effet se résumer ainsi : la convention est nulle. La répétition proprement dite est exclue. pourtant, la partie qui a exécuté pourra exiger une prestation de sa partenaire, dans la mesure du profit qu'elle a retiré de l'opération. Pourquoi ne pas dire simplement : par suite de la nullité absolue, la répétition

est admise, et pourquoi s'arrêter à la solution intermédiaire que constitue l'action de *in rem verso* ? Envisageons les deux hypothèses possibles : où le tireur a retiré de la négociation de l'effet un enrichissement plus grand que celui inscrit sur la traite, et alors l'action de *in rem verso* et la répétition aboutissent au même résultat : remboursement du montant de la traite, ou, au contraire, le tireur n'a pas pu conserver tout le profit que constituait la négociation, et alors il sera à l'abri de toute réclamation supérieure au montant de la somme dont il a bénéficié. On n'aperçoit vraiment pas la raison de cette faveur faite à l'émetteur malhonnête, qui se trouve ainsi, grâce à la solution jurisprudentielle, en mesure de se livrer en toute sécurité à des opérations malhonnêtes. Du seul fait que sa traite est fictive, l'émetteur se trouve dans la même situation qu'un mineur : l'opération peut lui profiter, elle ne peut lui nuire.

Remarquons que cette solution est beaucoup plus fâcheuse que l'application simple de *nemo auditur*, car celle-ci comporte un effet préventif, tandis que l'admission de l'action de *in rem verso*, laisse espérer au complaisant que son correspondant se tirera d'affaire, et qu'il pourra ainsi rentrer lui-même dans ses fonds.

La solution jurisprudentielle nous semble d'autant plus curieuse qu'à ces inconvénients théoriques, elle joint une contradiction bien nette avec plusieurs des principes qui régissent l'action de *in rem verso*.

Il est de règle, en cette matière que, non seulement l'*enrichissement* doit avoir lieu sans contre-partie, mais pour que l'action soit admise, il faut aussi que l'*appauvrissement* soit dénué de cause. Or, notre hypothèse est la suivante : un contrat immoral a été conclu, l'une des parties a fourni

sa prestation, l'autre refuse de s'exécuter. La première demande donc son remboursement. L'action de *in rem verso* n'a de raison d'intervenir que si la répétition est refusée. Ne peut-on pas dire alors que ce nouveau moyen sera irrecevable, car l'appauvrissement dont se plaint le demandeur a une cause : cause légale, ou plutôt jurisprudentielle qui est l'effet préventif attaché à la règle *nemo auditur*. M. Rouast, dans sa belle monographie (1), a montré que la cause faisant obstacle à l'action pouvait être légale. Il n'y a pas de raison pour qu'elle ne puisse être jurisprudentielle.

Cette observation peut d'ailleurs être présentée sous une autre forme peut-être plus convaincante : l'action de *in rem verso* est subsidiaire. Elle ne peut en particulier, être intentée pour remplacer une action de droit commun inopérante par suite d'un obstacle de droit. Or, à quoi tend la solution que nous critiquons, sinon à remplacer l'action en répétition tenue en échec par la règle *nemo auditur* ? L'arrêt de 1910 nous paraît contraire à ce principe. Il est donc permis de conclure qu'il est allé trop loin.

Une décision plus récente nous semble pourtant plus critiquable encore (2). Il ne s'agissait plus, dans l'espèce soumise à la cour de Riom, d'un tireur *integri status* : la société émettrice était en liquidation judiciaire, et le tiré complaisant se trouvait en présence de la masse créancière. L'arrêt, pourtant, ne semble pas hostile à l'admission de son action. Il ne la repousse qu'après avoir soigneusement établi que l'enrichissement de la masse n'est pas démontré.

(1) ROUAST, *L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile*. Revue trimestrielle droit civil, 1922, p. 36 et s.

(2) Riom, 3 mai 1932. D. 1934.2.84, note PIC.

Nous croyons qu'accueillir l'action du tiré complaisant à l'encontre de la masse serait une erreur grave. La masse des créanciers est une entité juridique complètement distincte du failli ou du liquidé, et investie de droits propres. Ce n'est pas ce tiers qui s'est trouvé bénéficiaire de l'enrichissement au cas où il a existé, c'est le failli. L'appauvri est donc créancier de celui-ci. En d'autres termes, il peut être créancier dans la masse, il n'est pas créancier de la masse, et son admission à répéter contre elle l'enrichissement dont a bénéficié le failli nous semblerait une atteinte au principe d'égalité qui doit présider à la répartition de l'actif entre les créanciers. Il n'en serait autrement qu'au cas où l'avantage fourni à la masse aurait été postérieur en date à la constitution de celle-ci (1).

SECTION III. — Responsabilité des parties au contrat immoral.

Certains auteurs ont cru pouvoir expliquer par un appel à la théorie de la responsabilité civile la plupart des effets du contrat immoral, entre les parties comme à l'égard des tiers. Nous ne pensons pas qu'il faille, en règle générale, recourir à cette explication. La plupart des solutions se fondent plus simplement et plus justement sur d'autres considérations, mais, il est incontestable que des interférences se produisent entre les règles relatives au contrat immoral, et celles qui proviennent de l'art. 1382 du C. civ.

Nous ne faisons pas allusion, par là, à la responsabilité qui découlerait du fonctionnement de l'objet immoral. Il

(1) Voyez sur ce point : Req. 8 fév. 1909. S. 1911.1.313, note BOURCART et Civ. 22 fév. 1888. D. 88.1.310.

est certain, par exemple, que le tenancier d'une maison de tolérance, indépendamment de tout contrat, peut être poursuivi en responsabilité par tous ceux à qui l'existence et le fonctionnement de l'établissement cause préjudice, par exemple par les propriétaires des maisons voisines s'il diminue la valeur locative de leurs immeubles, mais l'origine de cette responsabilité n'est pas dans le contrat : elle naît d'un fait qui lui est étranger. Au contraire, la seule conclusion de la convention immorale rend son auteur coupable d'une faute. Cause-t-elle préjudice à quelqu'un, une réparation peut être demandée. La question présente d'ailleurs un double aspect, car le préjudice occasionné par le contrat, peut se produire dans le patrimoine d'une des parties ou d'un tiers.

Celle des parties qui voit le contrat finalement tourner à son désavantage peut-elle réclamer à l'autre une compensation pour la diminution que subit son patrimoine ? Remarquons que ce préjudice peut avoir lieu dans deux cas : ou c'est l'inexécution par l'une des parties qui se trouve à l'origine du dommage, ou, au contraire, c'est l'exécution, ou plutôt la conclusion du contrat, qui en est cause.

Dans ce second cas, il nous paraît certain qu'aucune action en responsabilité ne saurait être admise. Le consentement de la partie contractante qui se plaint aujourd'hui d'un préjudice a été nécessaire pour l'engager dans l'opération. On peut donc lui opposer l'adage *volenti non fit injuria* : Il n'y a pas, à son égard, de faute véritable, l'action à laquelle cette partie a consenti ne pouvant être par elle imputée comme faute à son partenaire.

La seconde hypothèse est moins simple, mais nous croyons qu'il faut lui donner une solution analogue. L'une

des parties a exécuté ; l'autre s'abstient. Nous avons vu que, dans certains cas, la jurisprudence admet la compensation résultant de l'action de *in rem verso*. Celle-ci, toutefois, n'est pas toujours recevable. Ce sera le cas lorsque la prestation fournie ne constituera pas une véritable transmission de valeur dans le patrimoine ; ainsi en sera-t-il pas exemple quand celui qui a trafiqué de son influence en faveur de quelqu'un ne peut obtenir de lui la rémunération de ses services. Une action en responsabilité est-elle alors possible ? On peut remarquer que ce n'est plus, dans ce cas, la passation du contrat qui serait reprochée au cocontractant, mais son inexécution. Malgré cela, nous croyons que l'action doit être repoussée. Ce n'est pas une faute que de ne pas exécuter une convention immorale, et la partie qui s'est engagée dans une opération de ce genre doit se heurter à l'exception de turpitude.

Quoi qu'il en soit, le principe que nous venons d'énoncer : Non recevabilité de l'action en responsabilité d'une partie à l'encontre de l'autre, n'a de valeur qu'au cas où le contrat a été librement conclu. Si le consentement de l'une des parties a été vicié par violence ou par dol, la solution est opposée : La violence ou le dol constituent une faute à la charge de leur auteur. Il devra compte, le cas échéant, du préjudice qui en résulte.

Toute différente est la situation lorsque ce n'est plus l'une des parties mais un tiers qui se plaint de ce que la conclusion du contrat lui cause un dommage. Dans ce cas, il ne semble pas douteux que l'action doive être admise. Les règles morales qui se trouvent enfreintes par le contrat étant intégrées dans le droit, leur violation constitue une faute au point de vue juridique, les tiers à qui cette faute

a causé un préjudice seront susceptibles d'en obtenir réparation (1).

L'hypothèse se réalise principalement à l'occasion des effets de complaisance, mais des difficultés diverses se présentent s'ils sont suivis de la survenance d'une faillite.

Deux situations doivent être envisagées : celle où l'action est intentée par un tiers lésé contre le tiré complaisant ou la masse de sa faillite. Celle où l'action est dirigée contre le tireur ou contre sa faillite.

La première hypothèse peut à priori sembler bizarre : le tiré complaisant a rendu un service au tireur. Comment les représentants de celui-ci peuvent-ils aujourd'hui venir s'en plaindre ? Il faut considérer pourtant qu'un préjudice peut naître de l'émission fictive. Les fonds mis à la disposition du tireur par la négociation de l'effet ne servent pas toujours à le renflouer. Il n'est pas invraisemblable de penser que, grâce à eux, le tiré ayant eu la possibilité de se livrer à de nouvelles opérations, aura augmenté sensiblement son passif. Les créanciers du failli, réunis dans la masse, se trouveront ainsi subir un dommage. Vont-ils pouvoir en demander la réparation au tiré ou à la masse de sa faillite ? Une objection pourrait être faite à l'admission de cette demande : ce n'est pas la masse qui a été la victime de la circulation, c'est le tireur lui-même, dans notre hypothèse le failli. L'action en responsabilité ne pourrait donc être que celle du tireur lui-même, intentée en son lieu et place par le syndic puisqu'il est dessaisi. Or, nous avons dit que l'action d'une partie contre l'autre

(1) En ce sens : Le Havre, 11 mars 1896. D. 98. 2. 522 ; Cass. civ. 3 nov. 1932 (2^e arrêt). Gaz. Pal. 1933. 1. 40 ; Req. 21 déc. 1936. J. sociétés, 1938, p. 216.

n'était pas recevable. La masse devrait donc échouer dans son action.

La jurisprudence est pourtant disposée à accueillir la demande en réparation formulée par la masse. Il est unanimement admis qu'il puisse exister des dettes à la charge de celle-ci (on la considère alors comme une sorte de personne morale distincte à la fois des créanciers qui la composent et du débiteur dont il s'agit de partager l'actif) dettes envers les tiers qui ont fait l'affaire de la faillite. Ces tiers, créanciers de la masse et non dans la masse, sont payés par préférence sur l'actif à répartir, avant les créanciers constituant la masse. Si l'on admet celle-ci à avoir des créanciers, pourquoi ne pas lui reconnaître des débiteurs, et pourquoi ne permettrait-on pas au syndic, son représentant, le droit de réclamer à ceux qui lui ont causé un préjudice, la réparation de celui-ci ? Mais, pour que cette action soit recevable, il est nécessaire de prouver que la circulation fictive a augmenté le déficit du failli. Cette preuve, en général, ne sera pas aisée à fournir, car l'existence du lien de cause à effet entre l'émission des traites et le nouveau déficit sera rarement démontrable, ou, en tous cas, le montant exact du préjudice ainsi causé difficile à établir (1).

Nous avons envisagé l'hypothèse d'une action intentée par la masse de la faillite, mais n'importe quel autre tiers lésé par la circulation de complaisance pourrait se retourner contre le tiré. Ce serait, en particulier le cas d'un commerçant qui, sur la foi de l'apparence de solvabilité dont jouissait son confrère à la suite de la négociation de ses

(1) Voyez notamment, dans le sens de la recevabilité de l'action, mais de l'impossibilité de déterminer le préjudice : Civ. 3 nov. 1932. Gaz. Pal. 1933. 1. 40.

effets, se serait engagé dans des opérations avec lui. Ce tiers se trouve, par la suite, obligé de produire à la faillite. S'il n'obtient pas le paiement de l'intégralité de sa dette, il pourrait, se fondant sur l'art. 1382 réclamer au tiré complaisant le complément du dividende qui lui a été versé. Ces actions, recevables contre le tiré, le sont également contre sa faillite. Dans le cas où l'action aurait été introduite et le jugement rendu avant la survenance de la faillite, la créance étant déduite, devrait être inscrite dans la masse. Si elle était intentée après la faillite, le syndic devrait être mis en cause, mais la créance résultant du jugement devrait encore être comprise dans la masse puisqu'elle correspond à une dette du failli.

Si le tiré complaisant peut-être poursuivi, a fortiori, en est-il ainsi du tireur. Lorsque l'action est dirigée contre le tireur lui-même, *integri status*, il n'y a pas de difficultés. Cette hypothèse à vrai dire sera rare. Si le tireur n'est pas tombé en faillite, les tiers qui ont traité avec lui, sauf cas exceptionnel, n'ont à se plaindre d'aucun préjudice. Le cas, pourtant s'est présenté, et la Chambre des requêtes a admis le tiers lésé à faire condamner solidairement le directeur général (le tireur des effets fictifs était en l'espèce une société), l'administrateur délégué coupables d'avoir participé à l'émission fictive, et les membres du conseil d'administration à qui pouvait être reprochée une surveillance insuffisante (1).

Beaucoup plus nombreux seront les intéressés lésés à la suite de la faillite du tireur. Si leur préjudice est dû, pour partie, à la circulation fictive dont il s'est rendu coupable, ont-ils action contre la faillite? Nous croyons qu'il

(1) Req. 21 déc. 1936. *Journal sociétés*, 1938, p. 216.

n'en sera pas toujours ainsi : ou bien ce dommage dont se plaint le tiers lésé est distinct de celui que subissent tous les créanciers d'une faillite : le non paiement intégral de leur créance et alors l'action pourra être intentée contre le syndic en tant que représentant du failli, ou au contraire, le créancier veut obtenir réparation du dommage que lui cause l'amputation de sa créance, et son action doit être rejetée, car elle constituerait une violation de la règle de l'égalité qui doit présider à la répartition de l'actif.

Remarquons qu'aucune symétrie n'existe entre les règles de l'enrichissement sans cause et celles de la responsabilité en matière de contrat immoral. L'enrichissement, nous l'avons vu peut être réclamé par un contractant à son partenaire, alors que l'action en responsabilité n'est recevable que de la part d'un tiers. Cela accentue le reproche que nous adressions à la solution jurisprudentielle : Le contractant immoral profite plus largement des bénéfices de l'entreprise qu'il ne souffre des déboires qu'elle cause. Il y a là un manque d'équilibre dans la sanction qui n'est pas sans nuire à une bonne répression de ces agissements.

TITRE II

EFFET DU CONTRAT ASSORTI D'UNE CONDITION IMMORALE

Par référence aux principes du droit commun, il faudrait, ici encore, poser la règle de la nullité absolue de toute l'opération. Qu'il s'agisse, en effet d'un acte gratuit ou d'une convention à titre onéreux, la volonté de chacun des contractants forme un tout que l'on ne saurait amputer. Contient-elle une condition que la loi se refuse à voir exécuter, il semble logique que la volonté tout entière soit déclarée inefficace. L'acte auquel elle tient lieu de support doit donc lui-même disparaître.

Cette règle logique, et qui nous paraît découler directement du principe d'autonomie de la volonté se trouve consacrée à l'art. 1172 C. civ. « Toute condition d'une chose impossible ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi est nulle et rend nulle la convention qui en dépend ». Ce texte, toutefois, n'est écrit qu'en vue des conventions onéreuses. Pour les actes gratuits, une règle différente est posée par l'art. 900. « Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs seront réputées non écrites ».

Il est à peine besoin de souligner le caractère exorbi-

tant de cette disposition, et combien elle devait heurter, en 1804, la règle alors incontestée, d'après laquelle la volonté est souveraine dans le domaine des contrats. N'est-il pas certain que la manifestation à laquelle le juge donnera effet, en vertu de l'art. 900, ne sera plus celle du disposant, mais une autre volonté, distincte de la sienne en ce qu'elle sera pure et simple. Qui ne voit, par exemple, la différence qu'il y a entre dire à quelqu'un, je vous donne 100.000 francs si vous renoncez à la poursuite que vous alliez intenter contre moi, et dire simplement : je vous donne 100.000 francs.

Cette assimilation entre deux volontés radicalement différentes, le Code civil l'a pourtant faite. Il nous faut rechercher quelles raisons ont pu conduire le législateur à l'adoption de cette solution, nous serons ainsi plus à même de comprendre la portée assignée par la jurisprudence à l'art. 900.

Mais là ne peut se borner notre tâche, car nous devons constater que la règle ainsi définie, malgré son caractère exorbitant, ou peut-être à cause de lui s'est propagée jusque dans le domaine du titre onéreux, que l'art. 900 a en quelque sorte déteint sur l'article 1172, de sorte que le principe que celui-ci contient a perdu de sa netteté : Etudions donc successivement l'effet du contrat gratuit à condition immorale, l'effet du contrat onéreux à condition immorale.

1⁰ EFFET DE L'IMMORALITÉ DE LA CONDITION DANS L'ACTE GRATUIT.

La charte de l'acte gratuit assorti d'une condition immorale, est l'article 900. En raison de son caractère, ce texte

a vivement frappé les auteurs, et plusieurs systèmes ont été proposés pour expliquer son adoption.

Le premier s'appuie sur une tradition historique qui trouve son origine en droit romain. Celui-ci assignait le même effet aux conditions immorales assortissant une libéralité, qu'à celles jointes à un acte onéreux : elles entraînaient la nullité de l'acte tout entier. Ce principe ne s'appliquait plus à l'institution d'héritier. Pour celle-ci, un système analogue à celui de l'art. 900 C. civ avait été consacré. Les conditions immorales qui les assortissaient étaient réputées non écrites.

L'opinion traditionnelle y voit une règle de faveur, établie par égard pour la volonté des défunts. L'on sait que, pour des raisons religieuses, les Romains répugnaient à mourir intestats. Il y a donc tout lieu de croire qu'en joignant à l'institution d'héritier une condition illicite, le testateur avait commis une erreur. S'il avait pu connaître le caractère de cette condition, il l'aurait certainement effacée, le but à atteindre étant, pour lui, d'avoir un continuateur, donc de faire une institution d'héritier valable.

Ce serait, par conséquent, une présomption de volonté qui expliquerait la disposition romaine, et ce fondement pourrait à la rigueur, rendre compte de la solution que les Sabinien firent admettre relativement aux legs, après une discussion célèbre avec les Proculien : le legs devait être assimilé à ce point de vue à l'institution d'héritier et non à la donation. Les conditions illicites qui l'assortissaient était donc réputées non écrites (1). Sans doute, il ne peut plus s'agir ici de respect de l'institution d'héritier, mais

(1) GAIUS, Instit III, 98-10. JUSTINIEN, De heredibus instit., II, 13.

cependant de présomption de volonté établie par faveur pour la volonté du défunt.

Ces solutions passèrent dans l'ancien droit, non seulement en pays de droit écrit mais également en pays de coutume (1). En même temps que la solution, sa justification fut adoptée : le défunt a manifesté clairement l'intention de ne pas mourir intestat, il faut présumer qu'il aurait lui-même supprimé la condition s'il avait pu prévoir son caractère ; il faut donc la réputer non écrite.

Quelques auteurs classiques, notamment Demolombe (2), prétendent que l'article 900 se rattache directement à ces précédents. Il s'expliquerait donc par une présomption de volonté — et la volonté présumée est celle d'après laquelle l'intention libérale serait toujours prédominante. Les conditions ou charges n'ont évidemment été qu'accessoires dans la volonté du disposant. Il est normal de supposer qu'il les aurait supprimées s'il en avait connu le caractère. Pour respecter ses intentions, il faut donc maintenir la libéralité dépouillée des accessoires immoraux qui l'attachent.

Ce fondement assigné à l'art. 900 n'est pas sans se heurter à de graves objections. Il n'est pas très sûr d'une part, que la solution du droit romain soit fondée sur une intention présumée (3), et d'autre part, en ancien droit, la présomption de volonté du défunt n'était pas la seule raison justifiant la divergence de solution entre donations entre vifs et libéralités à cause de mort. On pouvait ajou-

(1) POTHIER, *Donations testamentaires*, n° 111, éd. Bugnet, t. VIII, p. 255 ; DOMAT, *Lois civiles*, livre III, des Testaments, titre I, section 8, n° 18.

(2) *Donations*, t. I^{er}, n° 205.

(3) BARTIN, *Théorie des conditions*, p. 260 et s.

ter (1) que le donataire est forcément au courant de la condition, il peut la discuter avec le disposant, et, en tous cas, il est coupable de l'avoir acceptée, la nullité de la donation sera, pour lui, une punition méritée. Ce raisonnement ne peut s'appliquer au légataire qui souffrirait injustement d'une faute commise par le défunt. Une dernière considération peut être invoquée en faveur de la solution adoptée. La donation étant annulée, peut, en général, être refaite si son auteur persiste dans l'intention libérale. En tous cas, il est mis à même d'apprécier en connaissance de cause la solution à adopter : s'il ne réédite pas l'acte, c'est qu'il approuve la nullité, et s'il persiste, au contraire, dans sa volonté, il peut, pour lui donner effet, l'exprimer à nouveau. Rien de tel pour la disposition testamentaire dont la nullité prononcée sera irrévocable.

Faire de l'art. 900 une reproduction de la tradition historique semble d'autant moins exact que l'ancien droit, à la suite du droit romain, n'adoptait cette solution qu'en matière de libéralités à cause de mort. Comment soutenir que notre texte, qui s'applique également aux donations entre vifs repose sur le même fondement. Adopter ce point de vue, c'est soutenir que le Code civil a étendu aux libéralités entre vifs la faveur que l'ancien droit, dit-on réservait aux dispositions à cause de mort. Or, quoi de plus manifestement contraire à la réalité : c'est devenu une banalité que de souligner l'hostilité du Code à l'égard des actes à titre gratuit. Par suite de quelle inconséquence les rédacteurs auraient-ils introduit à l'article 900 une disposition si hardie en leur faveur.

(1) Sic. COLIN et CAPITANT, t. III, n° 843.

Un argument d'ailleurs semble décisif contre cette interprétation. Si vraiment l'art. 900 était une règle interprétative, il pourrait être écarté. Il suffirait au disposant de préciser que si la condition ne peut être exécutée, la donation tout entière tombera, pour qu'on revienne au droit commun. Telle n'est pas la solution de la jurisprudence. Celle-ci décide, au contraire que l'art. 900 doit s'appliquer, la donation étant maintenue et la condition illicite simplement effacée, même en présence d'une volonté contraire formellement exprimée par le donateur. « Attendu, quels que soient les motifs qui ont dicté cette disposition de la loi, que les termes en sont clairs et précis, qu'ils ne permettent donc pas de faire exception pour le cas où l'auteur de la libéralité aurait déclaré en subordonner l'effet à l'accomplissement de la condition qu'il y a mise, qu'une semblable volonté se trouvant en opposition directe avec la loi ne peut recevoir exécution » (1).

C'est avec raison, nous semble-t-il que la jurisprudence a écarté cette présomption de volonté, car rattacher l'art. 900 au droit romain et à l'ancien droit, c'est faire abstraction de sa source véritable, le droit intermédiaire.

Un projet de loi sur les successions fut déposé à l'Assemblée Constituante. Ce projet n'aboutit pas, mais un de ses articles devint la loi des 5-12 septembre 1791 ainsi conçue : « Toute clause impérative ou prohibitive qui serait contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, qui porterait atteinte à la liberté religieuse du donataire, héritier ou légataire, qui gênerait la liberté qu'il a, soit de se marier avec telle personne, soit d'embrasser tel état ou telle profession ou qui tendraient à le détourner de remplir les

(1) Civ. 17 juill. 1883. S. 1884.1.305.

devoirs imposés et d'exercer les fonctions déferées par la Constitution aux citoyens actifs et éligibles est réputée non écrite » (1). Ce texte est formel, mais l'exposé des motifs fait par Barère l'est plus encore. Il déclare dans le langage emphatique alors à la mode qu'il s'agit de briser les volontés individuelles contraires à l'esprit de la Révolution et du régime nouveau. Bref, d'après son rapporteur, la disposition nouvelle est imposée par l'ordre public. Si on ne l'adopte pas « L'aristocrate intolérant, et l'ennemi des principes de notre constitution commanderont encore dans le tombeau » (2).

En langage moderne, nous dirions que c'est une intervention de l'Etat dans le domaine des contrats à titre gratuit, un premier pas vers le « contrat dirigé ». Interventionnisme et dirigisme dont les raisons d'être sont purement politiques. Il s'agit d'empêcher que l'on ne fasse revivre le droit d'aînesse par le truchement de substitutions, d'interdiction de mariage adressées aux cadets, etc...

Ce but assigné à la disposition peut faire comprendre qu'elle ne s'applique pas aux contrats onéreux. Ceux-ci paraissaient alors beaucoup moins dangereux. D'une part, ils ne peuvent pas viser le même but, d'autre part, le viseraient-ils, qu'ils auraient moins de chances de l'atteindre. Il est à craindre, en effet, que le donateur ayant fait une libéralité assortie d'une condition illicite ne menace le bénéficiaire de faire prononcer la nullité au cas où il n'exécuterait pas. Ces agissements sont beaucoup moins à redouter dans les actes onéreux, car l'intérêt au maintien de l'acte, de la partie à qui la condition est imposée, est

(1) Lois annotées, 1^{er} volume, p. 154.

(2) Moniteur du 6 septembre 1791, p. 1036, col. 2.

beaucoup moins grand. Si cet acte tombe, elle reprendra la contre-valeur qu'elle avait fournie. On comprend donc que le législateur révolutionnaire ait laissé les actes onéreux sous l'empire du droit commun, alors qu'il étendait aux libéralités entre vifs le système édicté par l'ancien droit pour les actes à cause de mort, mais pour des raisons toutes différentes de celles qui poussaient ce dernier.

Dans ces conditions, il est à peine besoin de souligner que notre disposition fut reproduite, en droit intermédiaire, par tous les actes législatifs ayant trait aux donations et successions (1).

C'est dans cet état de la législation que fut adopté l'art. 900. Les travaux préparatoires sont muets sur les motifs qui ont dicté son adoption, mais ces motifs sont clairs. Sur le point qui nous occupe, le législateur de 1804 partageait l'opinion du droit intermédiaire. Il ne se souciait pas du tout de la volonté du disposant. Tout au moins ne s'en préoccupait-il que pour la briser, c'est pourquoi il appliqua, lui aussi, le système de la condition non écrite aux donations entre vifs, contrairement à ce qu'avait fait l'ancien droit.

Ainsi, le but de la disposition est certain, c'est une manifestation du dirigisme contractuel avant la lettre, dirigisme fondé sur des préoccupations politiques et sociales très nettes.

Cela étant, lorsque les inquiétudes du législateur s'estompèrent, lorsqu'au cours du *xix^e* siècle l'autonomie de la volonté connut un triomphe incontesté, la disposition exceptionnelle de l'art. 900 sembla déplacée. Il ne faut

(1) Art. 1^{er} du décret du 5 Frimaire an II et art. 12 décret 17 Nivôse an II.

donc pas s'étonner de voir la jurisprudence entreprendre à son encontre un travail de sape qui aboutit à réduire considérablement la portée du texte, nous dirions volontiers à en respecter la lettre, mais à enfreindre l'esprit.

Une première limitation, dont le domaine est à vrai dire restreint, fut inaugurée vers le milieu du *xix^e* siècle. L'art. 900 parle de « conditions impossibles, illicites, etc... » Il ne fait aucune allusion aux charges. Sans doute, dans l'esprit de la loi, le même mot désignait l'une et l'autre, de même que dans l'art. 956 où il est question « d'inexécution des conditions ». La jurisprudence a pourtant introduit une distinction entre conditions auxquelles l'art. 900 est applicable, et charges qui enlèvent à l'acte son caractère de libéralité, le font rentrer dans le domaine de l'art. 1172, et, par suite, si elles sont illicites, entraînent la chute de l'acte tout entier (1).

La seconde limitation à l'art. 900 est, à juste titre, célèbre. Elle est le résultat de l'extension de la notion de cause dans les libéralités. La condition ou la charge ne sera plus soumise à l'application de l'art. 900, mais conduira à la nullité intégrale de l'acte, s'il est prouvé qu'elle a été non pas une stipulation accessoire, mais la cause impulsive et déterminante de la libéralité ; et ceci est vrai tant pour les dispositions testamentaires que pour les libéralités entre vifs (2).

Le principe étant acquis, la jurisprudence a eu l'occasion de l'appliquer à des hypothèses qui ne relèvent pas de notre sujet : les dons à des communes à charge d'entre-

(1) Orléans, 20 mars 1852. S. 53.2.13 ; Req. 12 nov. 1867. D. 69.1.528. S. 68.1.134 ; Nîmes, 22 janv. 1890. D. 91.2.113, note PLANIOL.

(2) Req. 23 juin 1863. D. 63.1.429. S. 64.1.269 ; Civ. 7 juill. 1868. D. 68.1.446.

tenir des écoles congréganistes. Nous tenons cependant à souligner en quoi cette application est particulièrement contraire à l'esprit de l'art. 900, car la jurisprudence qui s'est ainsi formée n'est pas sans répercussion dans notre domaine.

Au cours du XIX^e siècle, de nombreuses libéralités avaient été adressées à des communes, à charge d'établir des écoles tenues par un personnel religieux. Ces charges, dont la validité était déjà fort douteuse, par suite de la restriction qu'elles imposaient à la commune dans le choix du personnel enseignant, devinrent incontestablement illicites lorsque fut votée la loi du 30 oct. 1886 dont l'art. 17 interdit aux communes d'entretenir ou de subventionner de telles écoles. Sans aucun doute désormais, la clause en question était frappée de nullité. Devait-on appliquer l'art. 900 ? La jurisprudence a fait état de la distinction déjà imaginée par elle entre les cas où la charge était une stipulation accessoire du contrat, l'intention libérale demeurant essentielle, cas où l'art. 900 devait s'appliquer (1), et ceux où l'entretien de l'établissement religieux était réellement la cause de la libéralité. Il fallait alors appliquer l'art. 1131 puisque la cause se trouvait être illicite (2).

Remarquons combien cette jurisprudence est prétoirienne : elle écarte l'art. 900 dans les hypothèses que ses rédacteurs avaient particulièrement en vue, et l'applique dans celles où la solution donnée présente le moins d'importance. N'est-il pas certain, en effet, que le Code civil, après le droit intermédiaire visait, en édictant l'art. 900 les

(1) Civ. 20 fév. 1895. D. 95.1.473 ; Civ. 19 oct. 1910. D. 1911.1.463.

(2) Civ. 3 nov. 1886. D. 87.1.157. S. 87.1.241 ; Civ. 23 juillet 1913. D. 1915.1.49, note MÉRIGNAC. S. 1920.1.21.

conditions qui seraient essentielles dans la volonté du disposant, et, peut-on vraiment soutenir que les modalités qu'il redoutait comme devant aller à l'encontre de l'ordre nouveau étaient seulement celles qui tenaient une place accessoire dans l'intention du donateur ?

En réalité, il faut convenir qu'en cette matière, la jurisprudence s'est peu soucée de l'esprit de la loi, ce en quoi elle a eu raison, car cette loi était issue de considérations qui, à la fin du *xix^e* siècle avaient perdu toute valeur.

La distinction ainsi introduite par la jurisprudence est valable à l'égard des conditions ou charges immorales. Application en a été faite en particulier aux clauses de viduité, et à celles contenant interdiction de se marier (1).

Il faut bien comprendre, toutefois, que cette distinction jurisprudentielle n'aboutit pas au même résultat qu'une interprétation de volonté, car, peu importerait que le donateur ou testateur ait formellement exprimé, dans l'acte, la volonté de voir tomber la libéralité au cas où la condition ne serait pas réalisée : les juges devront, en s'inspirant de toutes les circonstances de la cause, s'efforcer de préciser s'il s'agit ou non d'une « cause impulsive et déterminante ».

2^o EFFETS DE L'IMMORALITÉ DE LA CONDITION DANS L'ACTE ONÉREUX.

Tandis que l'art. 900, exception au principe de la nullité totale, voyait son domaine d'application peu à peu se restreindre, à mesure que s'estompaient les raisons

(1) Voir les références à notre section relative à la notion de Bonnes mœurs en droit civil.

qui avaient conduit à son adoption, un travail identique s'opérait dans le domaine de l'art. 1172, au point que le principe qu'il contient reçoit aujourd'hui, des atteintes nombreuses tant en jurisprudence qu'en législation.

La question s'est trouvée posée, en particulier, à propos de l'insertion des clauses-or, et dans les termes suivants : étant admis que cette clause est nulle, quelle est la portée de cette nullité ? Faut-il admettre qu'elle affectera la seule clause ou qu'elle s'étendra au contrat tout entier ? La seconde solution semble imposée par la généralité des termes de l'article. Cependant, la jurisprudence résout la question par une distinction analogue à celle que nous avons vu introduire sous l'art. 900 ; ou bien la condition en question a été une stipulation essentielle du contrat, en est, en somme la cause déterminante, et il y a lieu d'appliquer l'art. 1172 (1). C'est ce qui ressort en particulier d'une décision assez récente de la Chambre des requêtes (2). « Attendu... que l'arrêt attaqué ayant souverainement constaté que les clauses litigieuses étaient substantielles, et avaient été la cause déterminante du contrat, a sainement appliqué la disposition de l'art. 1172 C. civ. en prononçant la nullité du contrat qui les renfermait ». Ou au contraire, solution contestable étant donné le texte, la stipulation n'a été qu'accessoire au contrat, et il y a lieu d'annuler seulement la condition ainsi viciée (3).

Ce n'est pas seulement en matière de clause-or que la jurisprudence a fait prévaloir son interprétation de l'art. 1172. On en trouve des exemples relatifs au contrat

(1) Civ. 20 mars 1929. D. H. 1929, p. 249;

(2) Req. 22 déc. 1930. D. H. 1931, p. 33.

(3) Rouen, 16 nov. 1922. D. 1926.2.57. S. 1926.2.49.

de mariage. Une clause illicite est-elle insérée dans le contrat qui tendrait, par exemple à conférer à la femme des pouvoirs excessifs sur la communauté, le régime tout entier n'en sera pas forcément annulé. Son sort dépendra du rôle joué par la clause en question dans l'intention des parties, et la jurisprudence a tendance à n'y reconnaître qu'une stipulation accessoire qui disparaît seule sous l'effet du vice dont elle est entachée (1).

Cette distinction, élaborée à l'occasion de conditions contraires à l'ordre public proprement dit, conserverait sa valeur et ses applications à l'occasion des conditions immorales. Celles-ci seront donc simplement réputées non écrites si elles n'ont pas été la cause déterminante de la convention.

Il est à remarquer que cette tendance de la jurisprudence à écarter la nullité de conventions assorties d'une condition illicite est encouragée par les dispositions de certaines lois récentes. Un exemple caractéristique en est fourni par la loi du 10 mars 1930 relative à la protection des cultures. L'art. 3 en est ainsi conçu : « Sera réputée non écrite toute clause insérée dans les baux après la promulgation de la présente loi, stipulant que les détenteurs du droit de chasse dans les bois situés au voisinage des terres louées ne sont pas responsables au sens des art. 1382 et s. du Code civil, des dégâts causés aux cultures par les lapins de garenne vivant dans leurs bois. »

La loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance comporte des interdictions analogues et d'application plus fréquente, art. 24 : « Sont nulles : 1^o toutes clauses géné-

1. Cass. Ch. réunies, 21 juin 1892. S. 1894.1.449 ; Civ. 30 nov. 1908. D. 1909.1.418.

rales frappant de déchéance l'assuré en cas de violation des lois ou des règlements, à moins que cette violation ne constitue un crime ou un délit intentionnel ; 2^o toutes clauses frappant de déchéance l'assuré à raison du simple retard apporté par lui à la déclaration du sinistre aux autorités ou à des productions de pièces... »

La technique législative est ici la même que celle qui a présidé à la rédaction de l'art. 900. Le législateur a craint que, par un système de clauses qui, rapidement, deviendraient de style, la pratique n'en arrive à créer un état de fait contraire au but poursuivi par la loi.

Il est incontestable que nous sommes en présence d'une manifestation nouvelle, et plus puissante que celle de 1804, du dirigisme contractuel. L'intervention du législateur est seulement orientée différemment de ce qu'elle était au début du xix^e siècle parce que ce n'est plus le même genre d'opérations qu'il redoute. Nul ne songe désormais à utiliser les libéralités pour rétablir certaines situations de l'état social antérieur à 1789. En revanche, la puissance considérable de l'une des parties à certains contrats impose au législateur, afin de rétablir l'équilibre entre les contractants, une certaine intervention. De là les dispositions nouvelles qui contredisent l'art. 1172. De là aussi la tendance de la jurisprudence à son sujet, tendance qui l'a conduite à consacrer le déclin de l'autonomie de la volonté, pour y substituer l'autorité du juge, dans la mesure où son intervention paraît imposée en vue de l'ordre public.

Cette évolution qui s'opère à peu près entièrement sur le terrain de la condition illicite au sens étroit du mot comporte des conséquences directement applicables à la condition immorale. A mesure que les dispositions législatives, et la jurisprudence étendent le domaine des clauses

non écrites dans les actes onéreux, la même tendance se manifeste à l'égard des conditions immorales qui peuvent, de plus en plus souvent, être aussi effacées des actes qui les contiennent, dans la mesure où elles ne sont pas la cause de leur conclusion.

Dès lors, contrairement à ce qu'avait voulu le législateur de 1804 le régime des conditions immorales est aujourd'hui le même dans les libéralités et dans les actes onéreux. Ce résultat a été obtenu sous l'influence d'une double évolution. D'une part, l'art. 900, intervention dans le domaine du contrat justifiée par des circonstances passagères a vu son domaine peu à peu se restreindre au point que le texte ne régit plus que les conditions accessoires. D'autre part, les préoccupations qui guidaient le législateur de 1804, disparues en ce qui concerne les libéralités, se sont réveillées sous une autre forme à l'égard du contrat onéreux. A ces mêmes préoccupations, qui avaient seulement changé de domaine et d'objet, il fallait un même régime, c'est pourquoi la jurisprudence a transformé l'art. 1172 pour en faire, en matière de contrats onéreux, un statut analogue à celui qui régissait autrefois les actes gratuits.

Il n'est pas sans intérêt de remarquer que, pour obtenir ce résultat, lorsque le législateur n'est pas lui-même intervenu, la jurisprudence a recouru à un procédé qui consiste simplement à éliminer la théorie de la condition au profit de la théorie de la cause but. Nous trouvons là une nouvelle application de la règle que nous formulons lors de notre étude de la cause immorale : une fois la cause impulsive introduite dans la pratique, son domaine ne fait que s'accroître. L'histoire de la cause est celle d'un élargissement constant.

CONCLUSION

La première conclusion à dégager de cette étude, c'est que dans la notion du contrat immoral comme dans sa sanction apparaît l'étroitesse du lien qui relie l'ordre public proprement dit à l'ordre public moral. Ce dernier n'est, en effet, nous avons essayé de le démontrer, qu'un compartiment du premier, et cela en droit français comme dans les autres ordres juridiques. Mais ce compartiment est-il clos, ou subit-il des transformations par suite de l'infiltration du contenu de ses voisins dans le sien ? Nous pensons que depuis plusieurs siècles ce contenu n'a pas varié. Par contre, les autres principes d'ordre social, soumis pour une large part à l'arbitraire législatif et gouvernemental, sont sans cesse l'objet de modifications importantes. C'est de là, croyons-nous, que vient cette sorte d'illusion d'optique qui fait croire certains auteurs à une évolution de la notion de bonnes mœurs. On ne distingue pas toujours, car la jurisprudence ne s'inquiète pas de le préciser, si c'est au nom de la morale ou au nom du bien commun qu'une convention se trouve frappée. Nous-même, dans notre étude de la notion jurisprudentielle des bonnes mœurs, afin de ne rien laisser échapper, nous avons peut-être débordé parfois du domaine purement moral, pour citer comme contraires aux bonnes mœurs des conventions dont l'annulation relèverait plutôt d'autres

règles d'ordre public. De ce que la distinction est difficile, il ne s'ensuit pas qu'elle ne devait pas être tentée.

Ce qu'il faut surtout éviter, en tous cas, c'est de dire que l'ordre législatif se répercute sur les bonnes mœurs et les transforme. Là réside l'illusion dont nous parlions à l'instant. Essayons de la dissiper par un exemple : un plaideur s'engage, par contrat, à verser à son juge une certaine somme. Quel doit être le sort de cette convention ? Sous l'ancien régime, elle n'était pas contraire à l'ordre public, mais aurait pu être jugée contraire aux bonnes mœurs si l'intention du plaideur avait été non de se conformer à l'usage traditionnel des « épices », mais d'acheter véritablement son juge. De nos jours, même si un tel dessein n'était pas démontré, la convention serait annulée. Peut-on déduire de là un changement dans les bonnes mœurs ? Non. C'est l'ordre public qui s'est précisé. Sous l'ancien régime, il restait, sur ce point, en deça des bonnes mœurs. Aujourd'hui, il les dépasse et rend ainsi leur intervention inutile. L'ordre public seul a changé ; mais une illusion peut naître du fait que, dans le premier cas, les bonnes mœurs ont été mises en cause.

Il est une autre confusion qui doit être évitée. Le criterium des bonnes mœurs, avons-nous dit, car en cette matière, il est inutile de chercher à dresser un catalogue qui se révélerait toujours incomplet ou faux à l'usage — le criterium est et reste la morale chrétienne, mais il faut prendre garde à ne pas confondre les préceptes moraux consacrés par la religion catholique avec d'autres règles, relevant aussi de la religion, mais à un autre titre, telles, par exemple, que les règles d'organisation du mariage. Celles-ci, ni d'autres analogues ne rentrent dans la notion juridique de bonnes mœurs, et cela pour une double raison.

D'une part elles ne sont pas des règles de *morale*. En outre, le droit français possède à leur sujet des principes législatifs qui s'imposent au juge, comme faisant partie des autres compartiments de l'ordre public.

Pour bien comprendre le fonctionnement de la notion de bonnes mœurs, il faut donc se la représenter comme composée de règles de morale intégrées dans le droit au point de devenir une partie de l'ordre public, distincte des autres en tant que notion, et d'origine toute différente, mais qui se trouve, quand il s'agit de l'application, en concurrence continuelle avec les autres règles d'organisation sociale. C'est pourquoi les variations de ces dernières sont parfois prises pour une transformation des bonnes mœurs.

La liaison devient encore plus étroite quand il s'agit de sanction, mais ici la confusion est rationnelle : L'ordre public englobant les bonnes mœurs il est normal que la violation des dernières soit sanctionnée au même titre et de la même manière que la méconnaissance de l'une quelconque des règles composant le premier. Sous réserve de ce que nous avons dit à propos de la maxime *nemo auditur*, la sanction est en effet la même pour les contrats immoraux, et les autres conventions contraires à l'ordre public, aussi n'avons-nous pas cherché à établir une distinction qui n'aurait pu être qu'arbitraire et factice.

* * *

L'étude que nous avons entreprise à l'occasion de cet ouvrage nous a mis en présence d'une lutte très aigre menée par la jurisprudence contre l'immoralité dans les conventions.

Lorsqu'il s'est agi de choisir la notion de bonnes mœurs

qu'elle ferait respecter, nous avons vu la jurisprudence se dresser contre le flot des transactions véreuses qui cherchaient à s'infiltrer dans le domaine du droit. Lorsqu'il s'est agi de découvrir une sanction, nous avons vu les tribunaux mettre peu à peu au point un système qui, pour heurter parfois la technique juridique n'en était pas moins très précisément adapté à son but.

Quand on se penche sur les péripéties de cette lutte continue à travers les siècles, et qu'on les examine, on ne peut s'empêcher d'en être frappé et de se demander quel est le but social qui motive, de la part des juges, une si âpre résistance. Ce but, à notre avis, est double : il s'agit d'abord, et nous avons déjà envisagé ce point, de lutter contre l'immoralité qui, si elle se répandait serait, pour la société une grave menace, mais il s'agit aussi de ne pas détourner le contrat de sa destination qui est d'organiser les échanges sur la base de la justice : voici que se présentent une foule d'opérations dont le but est de monnayer les fautes ou les vices d'autrui, ou d'imposer à quelqu'un une règle de conduite nullement adaptée à ses intérêts. Qu'est-ce que tout cela sinon un abus manifeste de l'obligation ? Abus qui justifie largement l'attitude des tribunaux.

Mais si une intention des parties peut suffire à fausser le contrat, que devient la conception d'après laquelle l'obligation ne serait rien d'autre qu'un rapport entre deux patrimoines ? Longtemps l'on a cru et enseigné que c'était là le terme d'une longue évolution, le progrès suprême en matière contractuelle. Or, l'étude du contrat immoral nous met en présence d'une convention qui peut présenter un équilibre économique parfait telle la vente ou la location d'une maison de tolérance, tel le trafic d'influence, etc...

dont aucun des deux patrimoines n'aurait le moindrement à souffrir. Cette convention est cependant annulée, et cela en vertu d'une appréciation du juge qui porte sur la conduite, ou même les mobiles des contractants.

Cette conception objective, scientifique de l'obligation ainsi qu'on l'a parfois qualifiée se trouve, de ce fait, incontestablement démentie. Faut-il le regretter ? Est-ce le signe d'un retour de l'obligation vers le *vinculum juris* primitif ? Nous ne le pensons pas. C'est, au contraire, une juste application de la notion véritable de l'obligation, notion qui est double. Sans doute le contrat comporte un lien entre deux patrimoines, mais il ne se réduit pas à ce lien. Il est, avant tout, une relation entre deux volontés. La convention met en rapport deux individus, deux hommes, il faut donc tenir compte, dans son appréciation juridique, de sa valeur humaine. La lutte de la jurisprudence contre le contrat immoral est une application de ce principe.

Vu : le Président de la thèse,

A. ROUAST.

Vu : le Doyen,
RIPERT.

Vu et permis d'imprimer :
le Recteur de l'Académie de Paris,

G. ROUSSY.

BIBLIOGRAPHIE

I. — OUVRAGES MODERNES

- AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, 5^e éd.
Annuaire de l'Institut international de Philosophie du droit,
1935-136. Travaux de la seconde session : Droit, mo-
rale, mœurs.
- ANSON. — *Law of Contract*.
- ARBUS. — *De la cause illicite*. Thèse Paris, 1903.
- BARTIN. — *Théorie des conditions impossibles illicites ou
contraires aux bonnes mœurs*.
- BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE. — *Traité de
droit civil*.
- BÉDARRIDE. — *Traité du dol et de la fraude*.
- BEUDANT. — *Cours de droit civil français* (édition Lerebours-
Pigeonnière).
- BONNECASE. — *La Pensée juridique française de 1804 à l'heure
présente*.
— *L'école de l'exégèse en droit civil*.
— *La notion de droit en France au XIX^e siècle*.
- BOURCART. — Note au S. 1911.1.313.
- CAPITANT (H.). — *De la cause des obligations*.
— Note au S. 1904.1.446.
- CAPITANT (R.). — *Introduction à l'étude de l'illicite*. L'impé-
ratif juridique.
- CHARMONT. — *La renaissance du droit naturel*.
— Note aux P. F. 1898.2.1.
- CHAVEGRIN. — Note au S. 1887.1.25.
- CHEVRIER. — *Essai sur l'histoire de la cause dans les obliga-
tions*. Thèse Paris, 1929.
- COLIN. — Note au D. 1907.1.137.
- COLIN et CAPITANT. — *Traité élém. de droit civil*.

- Conventiones contra bonos mores dans le droit romain.* Mélanges de droit romain dédiés à G. Cornil par J. de Koschemborh-Lyskowsky.
- CORNIL. — *Le droit privé.*
- DEKKERS. — *La lésion énorme.*
- DELOS. — *Le Problème des rapports du droit et de la morale.* Archives de Philosophie du droit et de sociologie juridique, 1933, p. 184.
- DEMANTE et COLMET DE SANTERRE. — *Traité de droit civil.*
- DEMOLOMBE. — *Traité de droit civil.*
- DEMONTÉS. — *De la lésion dans les contrats entre majeurs.*
- DEMOGUE. — *Traité des obligations.*
- DEMONT. — *Des effets de complaisance.*
- DEPLOIGE. — *Le conflit de la morale et de la sociologie.*
- DESBOIS. — *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française.* Thèse Paris, 1926.
- DRAGHICESCU. — *Droit, morale, religion.* Archives de Philosophie du droit et de sociologie juridique, 1932, n° 12, p. 239-245.
- DRAMARD. — *Des effets de complaisance.*
- DUBOIS. — Note au S. 1874.1.281.
- DUBROC. — *Traité de jurisprudence médicale et pharmaceutique.*
- DURANTON. — *Cours de droit français suivant l'ordre du Code.* 2° éd.
- DURKHEIM. — *Les règles de la méthode sociologique.* 8° éd.
— *De la division du travail social.*
— *Les études de science sociale.* Revue Philosophique, t. XXII, Paris, 1886.
- ESMEIN. — Note au S. 1931.1.49.
- FENET. — *Travaux préparatoires du Code Civil.*
- GIACOMETTI. — *Des conditions impossibles illicites, ou contraires aux mœurs dans les contrats à titre onéreux, et dans les actes à titre gratuit.* Thèse Aix, 1896.
- GIRARD. — *Organisation judiciaire.*
- GODMARD. — *Les Conventions illicites et immorales.* Thèse Paris, 1902.
- GROTIUS. — *Droit naturel.*
- GUILLOUARD. — *Du prêt.*
- GUIRAUDET. — *Essai sur la maxime nemo-auditor.* Thèse Dijon, 1913.
- HALSBURY. — V° Contract. (Law of England).

- HÉMARD. — *Des effets de complaisance*. Thèse Paris, 1900.
— Note au S. 1903.2.241.
— *Traité des nullités des sociétés et des sociétés de fait*.
HUC. — *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*.
JENKS. — *A digest of english civil law*.
JÈZE. — *Principes généraux du droit administratif*.
JOSSEMAND. — *Les mobiles dans les actes juridiques*.
— *De l'esprit des droits*.
KANT. — *Doctrines du droit*. Traduction Barni.
LACOUR et BOUTERON. — *Traité de droit commercial*.
LAMASSOURE. — *La règle nemo auditur considérée dans son application en droit civil français actuel*. Thèse Bordeaux, 1936.
LAPEIRE. — *Essai juridique et historique sur l'outrage aux bonnes mœurs par le livre, l'écrit et l'imprimé*.
LAROMBIÈRE. — *Théorie et pratique des obligations*.
LAURENT. — *Cours élémentaire de droit civil*.
— *Traité de droit civil* (en particulier t. XVI).
LE FUR. — *Les grands problèmes du droit*.
LEPAULLE. — Note au S. 1933.2.9.
LESCOT. — *Des effets de commerce*.
LÉVY-BRÜHL. — *La morale et la science des mœurs*.
LÉVY-ULLMANN. — *Éléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques*.
LOCRE. — *Législation civile*.
LOUIS-LUCAS. — *Lésion et contrat*.
LYON-CAEN et RENAULT. — *Traité de droit commercial*. 2^e éd.
MACQUERON. — *L'Histoire de la cause immorale et illicite dans les obligations en droit romain*.
MANDEVILLE (de). — *La Fable des abeilles ou les fripons devenus honnêtes gens*.
MARCADÉ. — *Explication théorique et pratique du C. Civ.*, 7^e éd.
MAURY. — *La lésion dans les contrats*.
MEYNIAL. — Note au S. 1890.
MORANDIÈRE (de la). — *Cours de droit civil approfondi*, 1931-1932 et 1932-1933.
MOREL. — *Cours de droit civil approfondi*, année 1936-1937.
NAQUET. — Note au S. 1913.1.297.
OLIVIER. — *Sanction des obligations immorales et illicites*. Thèse Paris, 1904.
OPRÉA (Zeno). — *Essai sur la notion de bonnes mœurs dans*

les obligations en droit civil allemand. Thèse Paris, 1935.

PABON. — *Manuel juridique des médecins.*

PATOUILLET et DUFOUR. — Traduction des Codes de Russie Soviétique.

PERREAU. — *Technique de la jurisprudence.*

PIC. — Note au D. 1934.2.84.

PIOT (Alice). — *Droit naturel et réalisme.* Thèse Paris, 1930.

POLLOCK'S. — *Principles of the contract.*

PONCET. — Note au S. 1887.1.224.

PLANIOL. — *Traité élémentaire de droit civil.*

PLANIOL et RIPERT. — *Traité de droit civil.*

RAYNAL. — *Etude sur les conventions immorales.* Thèse Paris, 1900.

— Note au D. 1904.2.449.

RIPERT. — *La règle morale dans les obligations civiles.*

— *Le régime démocratique et le droit civil moderne.*

ROUAST. — *L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile.* Revue trimestrielle de droit civil, 1912, p. 36 et s.

SALEILLES. — *La déclaration de volonté.*

— *Ecole historique et droit naturel.* Revue trimestrielle de droit civil, 1902, p. 102 et s.

— *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de code civil allemand.*

SALMOND AND WINFIELD. — *Law of Contract.*

SAVATIER. — *Des effets et de la sanction du devoir moral.* Thèse Poitiers, 1916.

— Note au D. 1922.2.39.

— Note au D. 1926.1.185.

— Note au D. 1928.1.161.

SEAILLES. — *Les affirmations de la conscience moderne.*

SENN. — *Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs,* dans : Recueil sur les sources du droit en l'honneur de Geny, p. 53 et s.

SIOUFI. — *Essai sur le critérium et la nullité des obligations immorales et illicites.* Thèse Paris, 1925.

SOLUS. — Note au S. 1928.1.9.

TCHAVDAROFF. — *La notion de bonnes mœurs.* Thèse Toulouse, 1927.

THALLER et PERCEROU. — *Traité élémentaire de droit commercial.*

- TOULLIER. — *Le droit civil français suivant l'ordre du code*.
6° éd., par Duvergier.
- TZARANU. — *Etude sur la règle nemo-auditur*. Thèse Paris,
1926.
- VOIRIN. — Note au D. 1935.2.33.
- VOIZE. — *Kant Philosophe du droit*.
- WAHL. — *Le courtage matrimonial*. Revue trimestrielle, 1904,
p. 471.
- Note au S. 1911.1.585.
- Note au S. 1901.2.257.
- Note au S. 1904.2.49.
- WAGNER. — *La nullité de la cause illicite*. Thèse Paris, 1900.

II. — OUVRAGES ANCIENS

- BEAUMANOIR. — *Coutume du Beauvoisis*.
Conseil de Pierre de Fontaine. Ed. Marnier.
Très ancienne coutume de Bretagne.
- Grand Coutumier de Normandie*. Ed. Tardif.
Coutume d'Orléans.
- DE FERRIÈRE. — *Dictionnaire de droit et de pratique*.
- DENISART. — *Collections nouvelles*.
- DOMAT. — *Lois civiles*.
- ISAMBERT. — *Recueil des lois et ordonnances*.
- GUYOT. — *Répertoire*.
- POTHIER. — *Traité des obligations*.
— *Traité du jeu* (Ed. Bugnet).
— *Traité de la communauté*.
-

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

	Pages
Généralités, évolution des idées depuis le début du ^{xx} ^e siècle. Répercussion de cette évolution dans le domaine du droit. — Intérêt que présente l'étude du contrat immoral.....	1
DROIT ROMAIN. — Durant les six premiers siècles de Rome, la notion de Boni mores ne semble pas avoir été précisée. — On ne s'occupe pas spécialement alors des conventions immorales. — Rôle infime de la volonté dans les contrats de cette époque. — Faiblesse du pouvoir central en face des patres. — Puis vient le relâchement des principes anciens. — La règle « quod ex injusta causa ». La condictio. Les « arbitria bonae fidei ». — Rôle du censeur. — Après le ^{vi} ^e siècle de Rome, tentative de définition des Boni mores. — Opinion de M. Senn, Mores Civitatis et Boni mores. — La sanction : exception et condictio dans les contrats formels. — Nullité des contrats non formels. — Conclusion	4
DROIT CANONIQUE. — Les bonnes mœurs pour les canonistes c'est la morale catholique. — Comment la mettre en œuvre. — I. Les théologiens. — Règles préventives. — Règles curatives : comparaison des fautes. — Système de Pierre Lombard. — II. Les Praticiens. — La règle de duobus malis. — Le principe de Ruffin. — Système de Pierre Lombard. — Solutions adoptées en pratique	18
ANCIEN DROIT. — Grand Coutumier de Normandie. — Conseils à un ami. — Coutumes de Clermont en Beauvaisis. — Très ancienne coutume de Bretagne. — Somme rural. — Doctrine et jurisprudence de la fin de l'ancien régime. — Domat. Pothier. — Exemples empruntés à la jurisprudence	21
TRAVAUX PRÉPARATOIRES DU CODE. — Opinion contradictoire émise sur l'art. 6. — Les rédacteurs du Code ont entendu renouer la tradition de l'ancien droit.....	32

PREMIÈRE PARTIE

DÉFINITION DU CONTRAT IMMORAL

TITRE I

La notion de bonnes mœurs.

Les textes du Code. — Imprécision de la notion..... 36

CHAPITRE I.

Diverses théories en présence.

SECTION I : **La thèse exégétique.** — Attitude des auteurs classiques : Duranton, Demolombe, Aubry et Rau, Demante, Marcadé, Toullier, Larombière. — Les cinq propositions de Huc. — Leur portée. — Critique : Les criteria proposés sont inutilisables. — Les cinq propositions ne trouvent pas une base réelle dans les textes. — Manque de logique du système..... 39

SECTION II : **Thèse sociologique.** — Origine des idées sociologiques. — La sociologie ne peut fournir la solution de notre problème. — Les juristes sociologues. — Les usages et l'idéal moyen comme critérium des bonnes mœurs. — Tendances auxquelles se rattache cette doctrine. Le positivisme scientifique. — Influence prépondérante de la société. Répulsion à l'égard de toute métaphysique. — Influence des idées sociologiques sur le Code civil allemand.

Critique : La méthode expérimentale peut-elle être transposée dans les sciences normatives ? Exemples tirés de la pratique. — Le critérium offert par les sociologues est difficilement applicable. Il n'a pas l'objectivité à laquelle il prétend. — Le système sociologique n'a pas trouvé crédit dans la jurisprudence. — Exemples tirés des arrêts relatifs au courtage matrimonial. — Comparaison avec la jurisprudence étrangère. Exemples pris dans les arrêts relatifs au contrat de claque..... 51

CHAPITRE II.

Quelle est la thèse de la jurisprudence.

SECTION I : **Notion pénale des bonnes mœurs.** — Les textes du Code pénal. — Ils ont trait à la morale sexuelle. — Les lois postérieures. — L'outrage aux bonnes mœurs par l'écrit. — Pas d'enseignements à tirer du droit romain. — Le christianisme. — Le moyen-âge. — Confusion à partir du xvi^e siècle entre l'outrage aux bonnes mœurs et le libelle politique. — La révolution apporte la liberté de la presse et la laïcisation du droit pénal. — Loi du 19-22 juillet 1791. — A la Restauration on revient à une notion plus large des bonnes mœurs au point de vue pénal. — De nouveau cette notion se rétrécit sous l'Empire. — Loi du 29 juillet 1881, art. 28. — Loi du 2 août 1882. — Loi du 16 mars 1898 et 7 avril 1908. — Controverse au sujet de leur interprétation. — La Cour de cassation se prononce en 1910 pour un système restrictif. — Revirement en 1928. Conception qui l'a inspiré

81

SECTION II : Notion civile de bonnes mœurs. — 1 ^o Conventions portant atteinte à des droits inaliénables. — Intégrité corporelle. Libre exercice d'une activité. — Droit au mariage. — 2 ^o Conventions relatives aux relations sexuelles hors mariage. — Contrats relatifs au concubinage, dispositions à titre gratuit, prêt, cautionnement. — Contrats relatifs aux maisons de tolérance : ceux qui sont annulés, ceux qui sont validés. — 3 ^o Conventions contraires à la morale professionnelle : Trafic d'influence. — Achat d'une distinction. — Exploitation d'une clientèle médicale. — Dichotomie. — Contrat entre avoué et huissier. — Cession de clientèle. — Quota litis. — Morale électorale. — Violation du secret professionnel. — Courtage matrimonial et claqué (renvoi). — 4 ^o Conventions tendant à procurer un enrichissement immoral. — Jeu. — Conventions qui y sont relatives. — Dettes de jeu. — Prêt fait à un joueur. — Marchés à terme. — Effets de complaisance : distinction de ceux qui sont valables et de ceux qui sont nuls. — Critérium tiré de l'intention des parties. — Le contrat dit « Boule de neige » : Contrat de mendicité. — Conventions passées en vue de tromper le public. — Conventions contraires à la liberté des enchères, relatives aux remèdes secrets, relatives aux révélations de succession. — Conventions stipulant un salaire pour l'accomplissement ou le non-accomplissement d'un acte qui fait partie du devoir professionnel. — Conventions tendant au retrait d'une plainte. — Conclusion. — Comparaison avec la notion pénale des bonnes mœurs. — Il n'y a pas eu évolution de la notion civile des bonnes mœurs. — Pouvoir de contrôle de la Cour de cassation en cette matière.....	103
<i>Appréciation de la jurisprudence.</i> — Approbation presque unanime. — L'idéal courant se rapproche de la morale chrétienne. — Crainte de certains auteurs de voir un si large pouvoir aux mains du juge	152
<i>Rapports de la morale et du droit.</i> — L'idée de droit naturel est à repousser. — Son rôle de modèle est mieux rempli par la morale. — Divergences entre droit et morale. — Différence de domaine, mais seulement différence d'étendue. — Différence dans leur but. — C'est là le point capital. — Différence de sanction. — Collaboration qui devrait exister entre droit et morale. — Influence réciproque. — La collaboration, en fait, se présente de plus en plus rarement. — Raisons de cet état de choses. — L'éthique chrétienne n'est-elle pas le terme de l'évolution du droit	155
<i>Rapports entre ordre public et bonnes mœurs.</i> — Les bonnes mœurs font partie de l'ordre public. — Opinion des rédacteurs du Code — Jurisprudence. — Opinion de M. Hemard. — La solution du droit allemand sur ce point. — Simple opposition de terminologie avec le droit français	171
Solution du droit anglais : Les unlawful agreements. — 1 ^o Contrats faits en violation d'un « statute ». — Contrats assortis d'une pénalité. — Pari. — Mariages prohibés. — 2 ^o Conventions contraires à la Common law comme tendant à la commission d'un crime ou d'un délit. — Conventions conclues en vue d'un délit pénal. — En vue de causer un dommage. — 3 ^o Conventions réprouvées par la Common law comme contraires à la notion de Public Policy. — Les immoral contracts. — Conventions relatives à une cohabitation illicite. — a) Mariage. — b) Disposi-	

tions testamentaires. — c) Abus d'influence. — d) Conventions relatives aux lois fiscales étrangères. — e) Ventes de charges. — f) Commerce avec l'ennemi. — g) Actes d'hostilités contre les nations amies. — h) Arrêt des poursuites criminelles. — i) « Maintenance or champerty. » — j) Atteinte à la liberté du commerce

177

TITRE II

**A quels éléments du contrat doit-on appliquer
le critérium de l'immortalité.**

Il s'agit de déterminer les éléments sur lesquels doit porter l'appréciation du juge.

SECTION I : **L'objet immoral** 203

SECTION II : **La cause**. — Art. 1131 et 1133. — Les trois étapes de l'évolution de la cause. — Système romain. — Influence des canonistes. — Domat et Pothier. — La conception classique. — Contrats synallagmatiques. — Actes unilatéraux à titre onéreux. Libéralités. — Conséquences quant à l'investigation du juge. — La théorie anticausaliste. — Ses défauts. — La jurisprudence ne s'en tient pas à la théorie classique : elle examine les mobiles. — Quels mobiles vont être examinés. Acte gratuit. Contrat onéreux. Le système de la jurisprudence française se retrouve dans la jurisprudence allemande, bien qu'il constitue une entorse aux principes de la déclaration. — Les trois sortes de contrats immoraux qu'elle dégage 204

Conclusion. — La théorie de la cause impulsive et déterminante est une nécessité 218

SECTION III : **La condition**. — Nécessité de pousser jusqu'à elle l'investigation. — Distinction entre condition et charge. — Le juge doit examiner l'une et l'autre. — Thèse de Martin. — Distinction des modalités illicites et des modalités immorales. Les conditions conformes aux bonnes mœurs seraient forcément illicites. — Système proposé. — Une modalité est entachée d'immoralité si elle a été dictée par des motifs immoraux, ou si elle tend à imposer un acte immoral. — Recherche psychologique : examen des mobiles qui ont été décisifs. — Examen portant sur l'acte imposé. — Une condition conforme aux bonnes mœurs peut être nulle si elle heurte d'autres principes d'ordre public. — Le fait qui est l'objet de la condition n'a pas à être examiné. 219

SECTION IV : **L'orientation du contrat : La fraude**. — Difficulté de la définir.

1^o *Principaux cas de fraude devant la jurisprudence* : Fraude par actes matériels. — a) Fraude dans les rapports contractuels internationaux. — Il faut que les parties aient réellement passé un contrat de nature internationale. — Il faut en outre l'intention de se soustraire à la loi française. — b) Fraude dans les contrats en droit interne. — α) Fraude à l'encontre d'une catégorie de personnes : contrats conclus par le prodigue en fraude du jugement à intervenir. — Conditions nécessaires pour constituer la fraude en cette matière. — Fraude à une loi à venir. — Fraude à une loi existante. — Fraude paulienne. — Le système de la fraude connaissance. — Le système de la fraude in-

tention. — Essai de conciliation entre ces deux notions. — La fraude paulienne est une intention. — La fraude aux tiers dans les actes onéreux. — L'élément essentiel de la fraude est toujours l'intention moralement répréhensible. — Fraude dans un partage. — 3) Fraude à l'égard d'une personne déterminée. — Actes faits par le mari en fraude des droits de la femme. — Fraude dans les transferts de propriété d'immeuble. — En quoi consiste la fraude nécessaire pour rendre inopérante une transcription hâtive. — Théorie de M. Savatier. — La jurisprudence. — Rapprochement avec l'insinuation des donations. — L'art. 1071. — La fraude en matière de mutation en douane des navires. — Fraude en matière de cession de créance. — Conflit entre débiteur cédé et acquéreur de la créance. — Conflit entre deux cessionnaires successifs. — La connaissance spéciale et personnelle. — Fraude dans les transferts de droit non soumis à publicité.

- 2° *Essai de synthèse.* — Nécessité d'un élément matériel. — Mais importance primordiale de l'élément intentionnel. — Le contrat frauduleux est donc un contrat immoral. — L'orientation du contrat est distincte de sa cause : cause et fraude. — La fraude à la loi et la fraude aux tiers sont deux aspects d'une même notion 228

- LE DOL. — Il consiste en des « manœuvres ». — Il est à distinguer nettement de la faute contractuelle. — Le contrat dolosif n'est pas une convention immorale 260

- SECTION V : **La lésion.** — Doit-on ranger les contrats lésionnaires dans la classe des conventions immorales. — L'art. 138 du C. civ. allemand. — La lésion n'y est pas considérée comme un vice du consentement. — C'est une question d'intention, avantages que présente cette conception. — Proposition de loi Guipal et Dupin. — Distinction de la lésion française d'avec l'immoralité. — Lésion dans les contrats passés par le mineur. — Lésion dans les ventes d'immeubles. — Arguments des auteurs qui l'analysent en un vice du consentement. — Au regard de la jurisprudence, c'est un simple vice objectif. — Le même caractère se retrouve dans le cas où la lésion est admise par des lois plus récentes : Loi 8 juill. 1901. Loi 29 avril 1916. Lois du 29 juin 1935 et du 3 janvier 1936. — Conclusion 263

TITRE III

La preuve de l'immoralité.

- L'art. 1353. — Pour les actes onéreux, la preuve extrinsèque est admise. — Situation moins précise pour les libéralités. — La jurisprudence s'en tint d'abord à la preuve intrinsèque. — Justification tirée de la notion même de cause. — Crainte d'une trop large intervention du juge. — Justification tirée des cas d'espèce. — Dons entre concubins. — Donations à des enfants adultérins ou incestueux. — L'arrêt de 1907. — En principe, la preuve extrinsèque est admise même pour les libéralités. Restrictions 274

DEUXIÈME PARTIE

EFFET DU CONTRAT IMMORAL

TITRE I

Effet du contrat rendu immoral par un de ses éléments autre que la condition.

Double but visé par le juge.

CHAPITRE I.

Principe : Nullité absolue.

C'est de nullité qu'il s'agit et non d'inexistence. — Cas d'application du principe. — Les textes sur lesquels la nullité se fonde. — Son but social. 285

SECTION I : Contrats à exécution instantanée. — A) *Effets de la nullité dans les rapports des parties.* — Effets normaux de la nullité.

B) *Effets de la nullité à l'égard des tiers* : 1° Cautionnement. — L'hypothèse envisagée. — Jurisprudence contradictoire. — Solution proposée.

2° Effets de complaisance. — Leur but. — Définition de la bonne foi. — Deux conditions. — A quel moment doit exister la bonne foi. — Droits du tiers porteur. — Leur fondement : responsabilité civile : inopposabilité des exceptions. — Porteur de mauvaise foi. — Il n'a pas d'action pour se faire payer. — Théorie du porteur pour la valeur. 289

SECTION II : Contrats à exécution successive. — A) *Effet de la nullité dans les rapports des parties.* — 1° Contrat de Bail. — Expulsion du preneur ; deux sortes de solutions. — Circonstances dans lesquelles la question se pose. — Solution proposée. — Droit du bailleur à indemnité. — Les arrêts imposent au preneur le paiement d'une certaine somme. — Quel est le fondement juridique de ce paiement. — Loyer. — Enrichissement sans cause. — Indemnité pour responsabilité délictuelle ou contractuelle. — Ce sont les fruits de l'immeuble, car le possesseur est de mauvaise foi.

2° Contrat de société. — Il s'agit d'une société ayant fonctionné. — Rétroactivité. — Inconvénients. — Liquidation d'après le pacte social. — Jurisprudence favorable. — Critique du système. — Arrêt de 1927. — Liquidation d'après l'équité. — Inconvénients de cette nouvelle méthode. — Confiscation de l'actif social. — Solution fondée sur l'art. 1853 du Code civil. — Critique. — Solution proposée : partage d'après les règles de l'indivision.

B) *Effet à l'égard des tiers de la nullité d'un contrat à exécution successive.* — La question se pose surtout à l'occasion de la société. — De quels tiers s'agit-il ?

1° Quels sont les actes valables à l'égard des tiers et quels sont ceux qui sont nuls. — Contrats accessoires et contrats indépendants. — Ces derniers peuvent être valables. — Les contrats accessoires sont, en principe, nuls.

- 2^o Situation des tiers engagés dans un contrat valable avec la société immorale. — *a*) Créanciers sociaux. — Ils n'ont pas de patrimoine social sur lequel exercer un droit de préférence. — Tiers ayant traité avec un gérant non associé. — *b*) Débiteurs sociaux. — A qui peuvent-ils payer ? — Qui peut les poursuivre. 299

CHAPITRE II

Les tempéraments au principe.

SECTION I : *La règle nemo auditur.* — Origine, sa place dans les travaux préparatoires du Code. — Faut-il la considérer comme adoptée ou exclue.

- A) *Attitude de la doctrine devant la règle.* — Période d'accord jusque vers 1830. — 1^o Arguments donnés par les auteurs favorables. — Le Digeste. — La tradition. — Réponse aux arguments tirés des art. 1131, 1133 et 1235-1376. — Arguments tirés de l'intérêt social. — L'art. 1131 a une portée toute autre que celle qu'on voudrait lui assigner. — Dignité de la magistrature. — Argument de Saleilles. — Intervention de l'obligation naturelle. — La jurisprudence se contente d'une justification très générale.
- 2^o Arguments donnés par les auteurs hostiles. — Retournement des art. 1131 et 1235. — Le recours aux tribunaux ne doit pas être une faveur. — La demande en répétition n'est pas toujours fondée sur la turpitude. — Si on applique *nemo auditur*, 1131 et 1133 vont perdre presque toute utilité. — La règle aboutit à consacrer une injustice. — La maxime va à l'encontre du but qu'on lui assigne. — La loi, si elle veut prohiber la répétition prend soin de l'indiquer. 323
- B) *Attitude de la jurisprudence.* — Elle donne l'apparence d'un chaos. — Elle est pourtant ordonnée.
- 1^o Quand y a-t-il lieu à application de la maxime.
- a*) Evolution. — Application très large au lendemain du code. — Première restriction : La maxime est écartée dans le domaine des cessions d'office. — Evolution dans la matière des sociétés illicites. — Nouvel échec de la règle. — Raisons qui l'ont inspiré. — Dernier échec : expulsion du preneur d'une maison de tolérance.
- b*) Situation actuelle. — Il n'y a pas d'opposition réelle entre la chambre des requêtes et la chambre civile. — Etude des arrêts d'où on a prétendu la tirer.
- α*) Cas dans lesquels la maxime s'applique. — Énumération.
- β*) Cas de non application. — Énumération. — Critérium. — Dignité de la magistrature. — Moralité de la demande. — Distinction entre obligation immorale et obligation illicite. — Est-ce le paiement qui est illicite. — Est-ce l'acte payé. — Intérêt social. — Exemples. — La maxime en droit allemand. — La règle en droit anglais. — Conclusion.
- 2^o Portée de la Règle dans les cas où elle s'applique. — *a*) Les actions refusées. — Toutes actions qui trouvent leur soutien juridique dans l'illicéité. — Quelques exceptions au principe. — *b*) Personnes à qui les actions sont refusées. — L'exception de turpitude n'est-elle opposable qu'au seul coupable ? — Situation des héritiers, ayant cause à titre particulier. — Créanciers 335

SECTION II : L'enrichissement sans cause. — Comment se pose la question. — S'il n'y a à la répétition qu'un simple obstacle de fait. — S'il y a à la répétition un obstacle de droit. — En principe l'action de in rem verso ne devrait pas être admise. — Les arrêts sont en sens contraire. — Application aux effets de complaisance. — Critique de cette solution. — Elle est en contradiction avec le fondement de l'action de in rem verso, et en contradiction avec sa technique. — Arrêt de la Cour de Riom. — Action de in rem verso admise contre la masse créancière 361

SECTION III : Responsabilité des parties au contrat immoral. — Place de la responsabilité dans les effets du contrat. — Il ne s'agit pas de la responsabilité due au fonctionnement de l'objet immoral. — Pas d'action en responsabilité d'une partie à l'égard de l'autre, sauf le cas de violence ou de dol. — Dommage causé à un tiers. — L'action doit être admise. — Action intentée par le tiers lésé contre le tireur. — Pas de symétrie entre l'admission de l'action de in rem verso et l'admission de l'action en responsabilité..... 368

TITRE II

Effet du contrat assorti d'une condition immorale.

L'application normale des principes conduirait à admettre la nullité absolue de toute l'opération. — Art. 900 et 1172. — 1^o Effet de l'immoralité de la condition dans l'acte gratuit, art. 900. — Trouve-t-il son origine en droit romain et dans l'ancien droit. — Critique de cette conception. — L'art. 900 n'est pas une règle interprétative. — Il vient du droit intermédiaire. — Raisons qui l'ont fait adopter en 1804. — Evolution de jurisprudence. — Limitation relative aux charges. — Limitation provenant de la théorie de la cause. — 2^o Effet de l'immoralité de la condition dans l'acte onéreux. — L'art. 1172 voit restreindre son domaine d'application. — Exemple. — Clauses-or. — Contrat de mariage. — Loi du 10 mars 1930. — Loi du 13 juillet 1930. — Rapprochement avec la technique législative de 1804. — Identité de régime entre les conditions immorales dans les actes onéreux et dans les libéralités. — Extension nouvelle de la théorie de la cause..... 375

CONCLUSION

Etroitesse au lien qui relie l'ordre public proprement dit et l'ordre public moral. — L'ordre public varie, alors que le contenu des bonnes mœurs est toujours identique à lui-même. — La distinction entre l'un et l'autre est parfois difficile. — Exemple. — C'est seulement la morale chrétienne qui constitue le critérium des bonnes mœurs. La sanction est très voisine de celle qui frappe les conventions contraires à d'autres règles d'ordre public. — But social qui motive la lutte contre les conventions immorales. — Il y a une double notion de l'obligation..... 391

